جامعـــــة الجزائـــــر 1

كليـــــــة الحقـــــــــــوق "بن عكنـــــــون"

نظـــــــام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبيـــــــــة في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر

مذكرة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الدولي العام

إعداد الطالـــب: أحمد بوخلخـــال

تحت إشـــــراف: الدكتور محمد ناصر بوغزالة

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور: عمار عنان ..... رئيســـا

الأستاذ الدكتور: محمد ناصر بوغزالة... مشرف و مقـــررا

الأستاذ الدكتور: كمال ميهوبي.... عضـــوا

السنة 2012 - 2013

عنوان الموضوع:

نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي وتطبيقاته في الجزائر

خطة البحـث

الباب الأول:

منازعة عقد الاستثمار الاجنبي بين الحسم الودي والقضائي

تمهيد:

الفصل الاول

الاستثمارات الاجنبية وطبيعة عقدها.

المبحث الأول: تعريف الاستثمارات الاجنبية من الوجهتين الاقتصادية والقانونية.

المطلب الأول: الاستثمارات من الوجهة الاقتصادية.

المطلب الثاني: الاستثمارات من الوجهة القانونية.

الفرع الأول: الاستثمار الاجنبي في القانون الدولي.

الفرع الثاني: الاستثمار الاجنبي في القوانين الداخلية.

المبحث الثاني: انواع الاستثمارات الاجنبية وأثارها.

المطلب الأول: الاستثمارات الاجنبية المباشرة.

الفرع الأول: المشروعات المشتركة.

الفرع الثاني: الشركات المتعددة الجنسيات.

المطلب الثاني: الاستثمارات الاجنبية الغير مباشرة.

المبحث الثاني: اتفاق التحكيم وصوره المختلفة وشروط صحته.

المطلب الأول: أشكال اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم.

المبحث الثالث: أنواع التحكيم ومبررات اللجوء إليه.

المطلب الأول: أنواع التحكيم

المطلب الثاني: مبررات اللجوء إليه

الفصل الثاني:

انعقاد محكمة التحكيم والقانون الواجب التطبيق التطبيق على الإجراءات وعلى الموضوع:

المبحث الأول: القواعد التي تحكم تشكيل الهيئة التحكيمية.

المطلب الأول: اتخاذ الهيئة في شكل المحكم الفرد.

المطلب الثاني: التشكيل التعددي.

الفرع الأول: التشكيل الثنائي.

الفرع الثاني: التشكيل الثلاثي.

المطلب الثالث: سلطة تعيين أعضاء التحكيم.

الفرع الأول: سلطة القضاء في تعيين أعضاء التحكيم.

الفرع الثاني: دور بعض الهيئات الدولية في تعيين المحكمين.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع.

الفرع الأول: خضوع إجراءات التحكيم في منازعات (الاستثمار لقانون الإرادة).

الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات عند انعدام اتفاق الأطراف.

الفقرة الأولى: خضوع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم.

الفقرة الثانية: تحديد إجراءات التحكيم بواسطة هيئة التحكيم.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفرع الأول: تطبيق المحكم لقانون إرادة الأطراف.

الفرع الثاني: الإحالة على قواعد تنازع القوانين.

الفرع الثالث: المبادئ العامة للقانون الدولي.

الفرع الرابع: دور الهيئة التحكيمية كمفوض بالصلح.

مقدمة:

في التعريف بالموضوع على ضوء صياغة عنوانه ، أنه من الضروري التعرض إلى تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي الذي اتسم بصفة الانتماء إلى جنسية ، هذا الغير في مواجهة الطرف الوطني واعتبارا لتلك الصفة الذي ينتمي إليه الاستثمار جعلت من الآليات التي تحكم تسوية منازعاته تتعدد وتتنوع في طبيعتها كما أنها تخضع للاختصاص المختلف الأنواع و تنوع وسائل العمل الإجرائي في حل النزاع وفقا للآلية المختارة المحددة في حسم منازعة الاستثمار .

فمن المسلم به و الثابت حاليا أن مشكلة عدم توافر رؤوس الأموال اللازمة و كذا الافتقار إلى التكنولوجيا و الخبرة الفنية لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية من أهم المشكلات التي تواجه كل الدول النامية و ذلك لسبب محدودية تلك القيم المالية أو التقنية بها فهي لا تكاد تفي بالخدمات الأساسية للمواطنين دون توافر الموارد المالية لتوفير الاستثمارات اللازمة لتحقيق أهداف التنمية، و لذلك كان لابد أن تلجأ هذه الدول إلى تشجيع عملية انتقال رؤوس الأموال بما يتبعها من تكنولوجيا و خبرة فنية عن طريق الاستثمارات الأجنبية، حيث تسعى الدولة المضيفة إلى خلق مناخ استثماري ملائم من أجل جذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة من خلال إصدار تشريعات داخلية تمنح المزيد من المزايا و الإعفاءات و التيسيرات. والمستثمر الأجنبي في حالة قبوله لتصدير رأس ماله لهذه الدول إنما يبتغي تحقيق ربح مؤكد، و سبيله إلى ذلك إبرام عقد مع الدولة المضيفة يسمى عقد استثمار، حيث يسعى المستثمر جاهدا أن يتضمن هذا العقد النصوص الكفيلة بحفظ كافة حقوقه، و تحظى عقود الاستثمار التي تبرمها الدول مع المستثمرين الأجانب لغرض الحصول على الاستثمار الأجنبي للمساهمة في تحقيق تنميتها الاقتصادية بأهمية كبيرة و يرجع ذلك إلى الدور الذي تلعبه في الاقتصاد الوطني لكل من الدولة المضيفة و الدول التي يتبعها المستثمرون.

فهي بالنسبة للدول المضيفة التي غالبا ما تكون من الدول النامية تمثل الركيزة التي يتم بواسطتها بناء الهياكل الاقتصادية الثابتة و تنظيم بنيتها الأساسية و إدارة مرافقها العامة على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق خطتها الاقتصادية كما تشكل بالنسبة للدول التي يتبعها المستثمر المزيد من فرص العمل و مزيدا من

الاستثمارات ونموا رأس المال. فإشكالية ظهور النزاع حول العقد الاستثماري يطرح مشكلة البحث عن الوسيلة الأنسب من أجل تسوية هذا النزاع.

فالدراسة وتحليل وسائل فض المنازعات التي تشوب عقود الاستثمار عند تنفيذها أو تفسيرها تكون إما عن طريق الوسائل الودية التي يتم اللجوء إليها أو اللجوء إلى القضاء الداخلي أو الدولي أو التحكيم التجاري الدولي.

إن المشكلة التي تعالجها هذه الرسالة هي أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الأخر، الدولة من ناحية و المستثمر الخاص الأجنبي من ناحية أخرى، مما يثير مشكلة أساسية في هذه العقود، ألا و هي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها و التي تحرص في اغلب الأحيان على ممارسة حقوقها في السيادة و السلطة فيما يتعلق بمواردها الطبيعية و مصيرها الاقتصادي، و بين الأهداف الشخصية التي يسعى لتحقيقها الطرف الخاص المتعاقد معها، و نظرا لحقيقة أن الدولة تتمتع بسلطة تتضح و تتمثل في ممارسة نفوذها فإنه يصبح من الضروري بالنسبة للطرف الخاص القائم بالاستثمار داخل الدولة المضيفة تأمين نفسه لذلك يتعين توفير وسائل محايدة و فعالة لتسوية أي نزاع استثماري ينشأ بين الطرفين بما يتلاءم و طبيعة هذه العقود

إن الهدف من موضوع البحث يتمثل في المساعدة على توفير بيئة خصبة ومناسبة للاستثمار الأجنبي في الدول النامية و تشجيع تدفق الاستثمارات حيث أن المشكلة الحقيقية التي يواجهها المستثمر الأجنبي ليست مشكلة التعريف بحقوقه والتزاماته أو تحديد مداها بقدر ماهي البحث عن وسيلة مستقلة و محايدة و فعالة يمكن اللجوء إليها في الفصل في المنازعات التي قد تنشأ بينه و بين الدولة المضيفة وهي الوسائل التي ذكرناها آنفا و من هنا يبدو التفاعل و التواصل بين هذه الوسائل و تدفق رؤوس الأموال الأجنبية و تنوعها.

لقد اعتمدت في هذه الرسالة بشكل أساسي على المنهج القانوني التحليلي من أجل استعراض البعض من الآراء بموضوع الرسالة و تحليلها و المقارنة فيما بينها مع تقدير ترجيح إحداها.

إن هذه الرسالة تقتصر على دراسة نظام تسوية المنازعات في الاستثمارات الأجنبية و تطبيقها في الجزائر فقد ارتأيت أن أفضل تقسيم لها إلى بابين، حيث خصصت الباب الأول بثلاثة فصول نتعرض في الفصل إلى التعريف بالاستثمار الأجنبي وأنواعه وأثاره

ثم طبيعة العقد الذي يقوم عليه و في الفصل الثاني إلى الوسائل الودية من حيث تعريفها ونشأتها ومراحل تطورها ثم أنواع هذه الوسائل الودية ومصادرها. وفي الفصل الثالث من هذا الباب نتعرض إلى الوسائل القضائية لحسم المنازعة بالتطرق إلى التسوية الداخلية و الصعوبات التي تثيرها ثم التسوية القضائية الدولية و أخيرا الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة و أموالهم بالخارج.

أما الباب الثاني فإنه يتعلق بتسوية المنازعات الاستثمارات الأجنبية عن طريق التحكيم الدولي بالتعرض إلى ماهيته و وأنواعه ومبررات اللجوء في الفصل الأول أما الفصل الثاني، فهو يتعلق بانعقاد محكمة التحكيم و القانون الواجب التطبيق فيها على الإجراءات و موضوع النزاع. أما الفصل الثالث فإنه يتعلق بأحكام التحكيم الصادرة و تنفيذها في منازعات الاستثمارات الأجنبية و نتناول فيه إصدار حكم التحكيم و البيانات التي يشتمل عليها وتنفيذ حكم التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية وطرق الطعن فيها.

الباب الأول:

منازعة عقد الاستثمار الاجنبي بين الحسم الودي والقضائي

الفصل الأول:

الاستثمارات الأجنبية وطبيعة عقودها

إن من أهم الخصائص المميزة للسياسة الاقتصادية للدول في العصر الحالي، ولاسيما النامية منها هو تطلعها بشكل لافت للنظر إلى جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة بغية انجاز عملية الإنماء الاقتصادي فيها حيث ينظر إلى الاستثمارات الأجنبية التي تقوم بها الشركة الأجنبية في هذه البلدان على أنها من أكبر مكونات الموارد المالية للتنمية في البلدان النامية[1]. فما هو إذن المقصود بالاستثمارات الأجنبية ؟.

الاستثمار لغة: يعني طلب الحصول على الثمرة وثمرة الشيء ما تولد عنه أو نفعه المقصود منه، وثمرة الرجل ماله كثره واستثمر المال جعله يثمر أي يكثر وينمو، قال تعالى: ((وكان له ثمر فقال لصاحبه وهو يحاوره أنا أكثر منك مالا وأعز نفرا))[2]، وعلى ضوء ذلك عرف مجمع اللغة العربية الاستثمار بأنه استخدام الأموال في الإنتاج إما بطريقة مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية أو بطريقة غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات[3].

أما الاستثمار اصطلاحا فلقد كان للاقتصاديين فضل السبق على فقهاء القانون في وضع تعريف للاستثمار، إذ عرضوا تعريفات متعددة من الوجهة الاقتصادية، أما رجال القانون فقد بذلوا من جانبهم جهودا حثيثة لوضع تعريف قانوني جامع للاستثمار الأجنبي، وعليه نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الاستثمارات الأجنبية من الوجهتين الاقتصادية والقانونية.

المبحث الثاني: الاستثمارات الأجنبية وآثارها.

المبحث الأول: تعريف الاستثمارات الأجنبية من الوجهتين الاقتصادية والقانونية:

إن الاستثمارات الخاصة الأجنبية تمثل عصبا رئيسيا لاقتصاديات الدول، ومن ثمة كان طبيعيا أن يقع توفير الإمكانيات المناسبة لجذب وتشجيع هذه الاستثمارات في بؤرة اهتمامات هذه الدول وهدفا أساسيا تدور حوله جل سياساتها ومجالا خصبا لدراسة رجال القانون والاقتصادي فيها.

[1] راجع: د. كريم نعمة النوري (دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية) مجلة علوم إنسانية العدد الثامن، أفريل 2004، المقال منشور على شبكة الانترنت: http:// www.uluminsania.com/a94htm.

[2] سورة الكهف الأية رقم: 34.

[3] المعجم الوجيز، منشورات مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية الهيئة العامة لشؤون المطابع الآمرية طبعة 1995، باب الثاء. ص87

وعليه نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول الاستثمار الأجنبي من الوجهة الاقتصادية.
- المطلب الثاني: الاستثمار الأجنبي من الوجهة القانونية.

المطلب الأول: الاستثمار من الوجهة الاقتصادية:

" يعرّف الاستثمار عند الاقتصاديين بأنه تحويل المدخرات النقدية إلى أصول رأسمالية، أي تحويلها إلى عتاد وآلات ومبان[1]".

أو هو: " استخدام المدخرات في تكوين الاستثمارات أو الطاقات الإنتاجية الجديدة اللازمة لعمليات إنتاج السلع والخدمات والمحافظة على الطاقات الإنتاجية القائمة[2] ".

ويميّز الاقتصاديون بين نوعين من الاستثمار هما[3]: الاستثمار المالي، والاستثمار الحقيقي، ويتمثل الاستثمار المالي في شراء الأوراق المالية مثل الأسهم السندات وأذونات الخزينة وما إلى ذلك وهو بهذا المعنى لا يشكل إضافة إلى الأصول الحقيقية، وإنما هو مجرد تحويل للملكية. أما الاستثمار الحقيقي فهو الذي يتضمن حيازة الأصول والموجودات الرأسمالية الجديدة مثل الآلات والمعدات وإقامة المصانع... إلخ.

وهو بهذا المعنى يتضمن إضافة حقيقية إلى الثروة في المجتمع وتوسيع القاعدة الإنتاجية فيه، وعلى الرغم من أن الاستثمارات المالية والحقيقة تظل مكملة لبعضها البعض، إلا أن الاستثمارات الحقيقية تظل هي الأصل والأهم، لأنها تنعكس مباشرة على زيادة الإنتاج والإنتاجية وتوفير المزيد من فرص العمل وزيادة الرفاه العام في المجتمع.

وعليه ومما تقدم نخلص إلى أن الاقتصاديين لم يتوصلوا إلى وضع تعريف جامع يعول عليه لعملية الاستثمار بحيث تستشف منه عناصر هذه العملية وأركانها، واكتفوا بتعريف الهدف من عملية الاستثمار وهو تحقيق الربح.

---

[1] راجع: د. السيد عبد المولى، أصول الاقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998. ص: 225.
[2] راجع د. حسن عمر، الاستثمار والعولمة، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2000 ص: 37.
[3] راجع د. عبد الحكيم جمعة محمود، دور الاستثمار الخاص في الإصلاح الاقتصادي والتنمية في جمهورية مصر العربية. رسالة دكتوراه، حقوق عين الشمس، 2000 ص 7.

المطلب الثاني: الاستثمار الأجنبي من الوجهة القانونية:

لقد سبق وأن بينا بأن الاقتصاديين لم يتوصلوا إلى وضع تعريف جامع مانع للاستثمار، ومثلما لم يتوصل هؤلاء فلم يتفق أيضا القانونيون في وضع تعريف للاستثمار الأجنبي حيث تعددت تعريفاتهم دون أن يصلوا إلى تعريف محدد له.

فقد عرّفه البعض[1] بأنه " تحركات الأموال النقدية أو العينية والحقوق المعنوية من بلد إلى بلد آخر سواء رافقها العمل أو بدونه لإقامة مشروع اقتصادي أو مساهمة في رأسمال مشروع قائم بهدف تحقيق ربح يفوق ما يتوقع الحصول عليه من البلد المصدّر لها".

أو أنه: " استخدام أصول مالية مهما كانت طبيعتها أو نوعها من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته وسواء خوله هذا الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أو لا، بهدف تحقيق عائد مجز". هذا على المستوى الفقهي الفردي.

أما على المستوى الفقهي الجماعي، فقد عرفه معهد القانون الدولي بأنه: " توريد الأموال أو ربما الخدمات لهدف تحقيق ربح مادي أو سياسي ويمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية ". كما عرفته جمعية القانون الدولي بأنه: " تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد دون تنظيم مباشر[2]".

ولما كان التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي يتسم بالتعددية نظرا لتعدد مصادره القانونية من مصادر دولية ووطنية فكان لابد من أن نعرض لتعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي ثم لتعريفه في القوانين الداخلية وذلك على النحو التالي:

- الفرع الأول: الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي.
- الفرع الثاني: الاستثمار في القوانين الداخلية.

[1] راجع: د. فاضل صالح الزهاوي: المشروعات المشتركة وفقا لقوانين الاستثمار، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة 1984 ص: 61، 62.
[2] International law association of the fifty second conference. 1966 pp 820-839

الفرع الأول: الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي:

لم يتضمن القانون الدولي العرفي[1] تعريفا خاصا لاصطلاح الاستثمار الأجنبي وذلك لأن هذا الاصطلاح لم يظهر إلا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، فالقانون الدولي العرفي والاتفاقيات الدولية السابقة لم تستخدم بشكل عام هذا الاصطلاح، وإنما اعتمدت بدلا من ذلك على مفهوم " الملكية الأجنبية ".

ففي الاتفاقيات الجماعية ومن أبرزها أبرزها اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لم تتضمن تعريفا واضحا أو محددا للمقصود باصطلاح الاستثمار، وذلك للحيلولة دون قصر دور المركز على مجموعة محددة من المنازعات تاركة ذلك لاتفاق الأطراف.

أما عن أبرز الاتفاقيات التي اعتمدت مفهوما موسعا للاستثمار هي الاتفاقية المؤسسة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي تم إعدادها برعاية البنك الدولي[2].

وهذا يعني أن الاتفاقية الجماعية لم تتجه إلى تبني تعريف جامع للاستثمار وإنما قامت بتحديد الاستثمارات التي يغطيها الضمان تاركة للأطراف حرية الاختيار بمعنى أنه يمكن للأطراف الاتفاق على أن تشمل عملية الضمان تصرفا معينا على الرغم من أنه لا يعتبر استثمارا.

أما على صعيد الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال التشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية هي على قسمين، حيث نجد أن قسما منها اعتمد في تعريف الاستثمار طريق التعداد الحصري للأموال المكونة للاستثمار، وقسما آخرا طريقة الإحالة إلى قانون الدول المضيفة، حيث تقوم الطريقة الأولى على إيراد قوائم مطولة تشمل على سبيل الحصر لا

---

[1] أنظر د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 1990 ص: 31.

[2] راجع د. إبراهيم شحاتة: تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 41 لعام 1985، ص: 187 – 215.

المثال الأصول الاقتصادية التي تم الاتفاق بين الأطراف على اعتبارها من قبيل الاستثمارات، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة الأولى الفقرة السادسة من الاتفاقية العربية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على أن استثمار رأس المال العربي هو استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر العربي، أو تحويله إليها لذلك الغرض وفقا لأحكام هذه الاتفاقية[1]. كما أوردت الاتفاقية المغاربية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي في الفصل الأول تعريفا للاستثمار على أنه: " استخدام رأس المال في أحد المجالات المسموح بها في بلدان اتحاد المغرب العربي[2]"

أما الطريقة الثانية فإنها تقوم على إيراد قائمة مطولة على سبيل المثال لا الحصر بالأموال الاقتصادية التي يمكن أن تشكل استثمارا وفقا لأحكام القانون الداخلي في الدولة المضيفة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 1 فقرة 2 من الاتفاقية المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر واسبانيا. التي تنص على أن عبارة "استثمارات" تدل على كل عنصر من الأصول، سلع، أو حقوق مرتبطة بالاستثمار مهما كانت طبيعته والمستثمر طبقا لتشريع البلد المستقبل للاستثمار[3].

مما يعني أن الاتفاقيات الثنائية لم تصنع هي الأخرى تعريفا للاستثمار لاستحالة ذلك في ظل المتغيرات المستمرة في المعاملات التجارية من ناحية، ولتترك قدرا من المرونة للمعاهدة من أجل استيعاب الأشكال الجديدة من الاستثمارات من ناحية أخرى.

الفرع الثاني: الاستثمار الأجنبي في القوانين الداخلية:

عرّف قانون الاستثمار العراقي رقم: 13 لسنة 2006 الاستثمار في المادة: 1/ن بأنه: " توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد[4] " فيما عرّف نظام الاستثمار السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: 04/م بتاريخ:

---

[1] الاتفاقية العربية المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم:309/95 الصادر بتاريخ: 1995/10/07.

[2] الاتفاقية الموقعة في: 1990/07/23 بالجزائر، والمصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم: 420/90 الصادر في: 1990/12/22.

[3] راجع الاتفاقية الموقعة في مدريد بتاريخ: 1994/12/23 المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم: 88/95 المؤرخ في: 1995/03/25.

[4] لمعرفة تفاصيل أكثر عن قانون الاستثمار العراقي الجديد رقم: 13 لسنة 2006 راجع نصوص هذا القانون على الموقع: www.parliament.iq

1399/02/02 هـ في المادة 1/و منه: الاستثمار الأجنبي بأنه " توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام[1] ". فيما سار قانون الاستثمار القطري رقم: 13 لسنة 2000[2] على نهج غير النهج الذي اعتمده القانون السعودي، فلقد تجنب وضع تعريف محدد للاستثمار حيث عرّف في المادة الأولى منه رأس المال الأجنبي المستثمر بأنه " ما يستثمره المستثمرون الأجانب من أموال نقدية أو عينية أو حقوق لها قيمة مالية في دولة قطر بما في ذلك:

أ) النقد المحول إلى الدولة عن طريق البنوك والشركات المالية المرخصة.

ب) الموجودات العينية المستوردة لأغراض الاستثمار وفقا لأحكام القانون.

ج) الأرباح العائدة والاحتياطات الناتجة عن استثمار رأس المال الأجنبي في المشروع إذا تم بها زيادة رأس مال هذا المشروع أو إذا استثمرت في أحد المشروعات المسموح بها وفقا لأحكام هذا القانون.

د) الحقوق المعنوية كالتراخيص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية المسجلة للدولة.

وعلى خلاف ما تقدم فقد خلا قانون وضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم:08 لسنة 1997 من تعريف للمال المستثمر مكتفيا بإيراد المجالات التي يسمح بالاستثمار فيها وهو الأمر الذي لم ينفرد به هذا القانون عن سابقيه.

حيث ورد بكل منها تعدادا لمجالات الاستثمار المسموح بها وفقا لأحكامه كما عرّف التشريع الجزائري الاستثمار في مفهوم الأمر الأخير الذي حددت المادة الأولى مضمونه كنظام يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات التي تنجز في إطار منح الامتياز أو الترخيص[3]، على أنه يأتي بما:

1-/ اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

2-/ المساهمة في رأس مال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

---

[1] راجع نصوص هذا القانون على موقع: www.avokato.com

[2] راجع نصوص هذا القانون على الموقع السابق أعلاه.

[3] الأمر رقم: 03/01 المؤرخ في: 2001/08/20 الجريدة الرسمية العدد 47 الصادر بتاريخ: 2001/08/22 المتعلق بتطوير الاستثمار.

3-/ استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية.

نلاحظ على أن هذا التعريف للاستثمار قد اقتصر على ذكر ثلاثة مجالات من النشاط الإنمائي تتمثل في استحداث أو توسيع القدرات الإنتاجية أو المساهمة في رأسمال مؤسسة نقدا أو عينا.

مما تقدم نصل إلى أن بعض قوانين الاستثمار العربية قد تجنبت وضع تعريف محدد للاستثمار واكتفت بأن تعرف المال المستثمر.

ونظرا لعدم اتفاق الفقه على تعريف محدد للاستثمار الأجنبي وتجنب تشريعات الاستثمار العربية وضع تعريف محدد للاستثمار، فإننا نرى أن وضع أي تعريف للاستثمار يكون دقيقا وشاملا قدر الإمكان يستلزم بالضرورة الإحاطة بجميع عناصر الاستثمار والمتمثلة في:

أ) أموال مملوكة لأجانب (أيا كانت طبيعتها).

ب) مشاركة تلك الأموال في مجالات التنمية المحددة في قانون البلد المضيف.

ج) قصد تحقيق عوائد مجزية.

د) وفقا للقانون.

وفي ضوء هذه العناصر يمكن تعريف الاستثمار الأجنبي بأنه: " قيام شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري بنقل أصول مالية أيا كانت طبيعتها من دولة تدعى بالدولة المصدّرة لرأس المال إلى دولة أخرى تدعى بالدولة المضيفة بهدف تنميتها اقتصاديا وذلك بإقامة مشروع اقتصادي أو المشاركة في رأسمال مشروع قائم، بقصد تحقيق عوائد مجزية، وفقا لقانون الدولة المضيفة.

حيث يتميز هذا التعريف بأنه قد حدد جنسية المستثمر بشكل دقيق بحيث يخرج من نطاق هذا التعريف المستثمر الوطني ليقتصر على المستثمر الأجنبي سواء أكان شخصا طبيعيا أو اعتباريا وسواء كان الشخص الاعتباري عاما أو خاصا، وسواء انفرد بملكية المشروع الاستثماري أو اشترك مع غيره.

كما يتميز بحصول المستثمر على عوائد مجزية، وبالتالي يخرج من نطاق هذا التعريف الأموال التي لا يكون هدفها الربح مثل الإعانات أو التبرعات أو التعويضات، وكما يتميز بأنه يتسع ليشمل جميع الأموال أيا كانت طبيعتها مادية (كالعملات الأجنبية) أو معنوية (كبراءات الاختراع أو العلامات التجارية التي تمنحها الشركات الأجنبية عادة للشركات المحلية في الدول النامية)، كما أنه يتسع ليشمل كل أنواع الاستثمار المباشر منها وغير المباشر سواء خولت أم لم تخول المستثمر سلطة الرقابة على المشروع، وأخيرا يتميز بأن استخدام تلك الأموال تم وفقا لقانون الدولة المضيفة للاستثمار من خلال التشريعات الوطنية أو العقود أو المعاهدات التي تنظم أحكام الاستثمار سواء كانت موضوعية أو إجرائية.

المبحث الثاني:

أنواع الاستثمارات الأجنبية وآثارها:

تطرقنا في المبحث الأول إلى تعريف الاستثمار وبينا تعريفه في القانون الدولي وفي القوانين الداخلية وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى أنواع هذه الاستثمارات وآثارها حيث تنقسم الاستثمارات الأجنبية إلى نوعين[1]، الأول يسمى بالاستثمارات الأجنبية المباشرة ويتضمن هذا النوع إنشاء مشاريع جديدة أو توسيع المشاريع القائمة سواء أكانت مملوكة بالكامل للمستثمر الأجنبي أو امتلاكه لأسهم إحدى الشركات الذي يرافقه انتقال التكنولوجيا والموارد والمهارات. إضافة إلى القيام بعمليات إنتاجية متكاملة في البلد المضيف.

أما النوع الثاني فيطلق عليه الاستثمارات غير المباشرة أو الاستثمارات المالية حيث يشير هذا النوع إلى المتاجرة في الأوراق المالية والسندات بهدف تحقيق عائد معين دون اكتساب الحق في إدارة المشروع والرقابة عليه.

وتبنى التفرقة بين هذين النوعين من الاستثمارات على أن الاستثمارات المباشرة من الأهمية بحيث تتيح للمستثمر الأجنبي السيطرة على المشروع الذي يستثمر أمواله فيه على عكس الاستثمارات غير المباشرة التي لا تمكن المستثمر الأجنبي من هذه السيطرة

[1] أنظر د. عبد السلام أبو قحف: اقتصاديات الاستثمار الدولي، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 1992، ص: 363.

بالإضافة إلى أن الاستثمارات غير المباشرة غالبا ما تحكمها اعتبارات الربح في الأجل القصير والتي تتأثر بعوامل عدة منها: سعر الفائدة، والتوقعات والمعلومات التي تتوفر لدى المتعاملين، على عكس الاستثمارات المباشرة التي تحكمها اعتبارات الربح في الأجل الطويل[1].

وعلى ضوء ما تقدم نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

المطلب الثاني: الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة.

المطلب الثالث: آثار الاستثمارات الأجنبية.

المطلب الأول: الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

يقصد بالاستثمارات الأجنبية المباشرة تلك المملوكة للأجانب سواء أكانت الملكية كاملة أو كانت بالاشتراك بنسبة كبيرة مع رأس المال الوطني مما يكفل السيطرة على إدارة المشروع ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر الأجنبي فردا أو شركة أجنبية أو فرعا لإحدى الشركات الأجنبية أو مؤسسة خاصة[2]. كما تعرف كل من منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD وصندوق النقد الدولي FMI الاستثمارات الأجنبية المباشرة بأنها: " الاستثمار في مشروعات داخل بلد ما يسيطر عليه القائمون في بلد آخر حيث يأخذ هذا الاستثمار عادة شكل فروع شركة أجنبية ومشروعات مشتركة.

" ويتميز هذا النوع من الاستثمارات بسيطرة المستثمر الأجنبي على رأس المال والتقنية والإدارة ومهارات التسويق لترويج المشروع تجاريا حيث يملك المستثمر الأجنبي حق الرقابة الكاملة أو شبه الكاملة على نشاط المشروع[3] ".

وهكذا فإن الاستثمارات الأجنبية المباشرة هي انتقال رؤوس الأموال الأجنبية مقترنة بعنصري التنظيم والإدارة إلى الدولة المضيفة، بحيث يترتب عليه إقامة مشروعات

---

[1] نفس المرجع. د. عبد السلام أبو قحف، ص 21.

[2] راجع د. عبد الواحد محمد الفار: أحكام القانون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتب القاهرة، 1979 ص: 97.

[3] راجع د. هيل عجمي جميل: الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول النامية. (الحجم والاتجاه والمستقبل) دراسات استراتيجية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، الطبعة الأولى 1999 العدد 32 ص. 10.

مملوكة ملكية كاملة لمستثمرين أجانب أو ملكية حصص تمكنهم من السيطرة على إدارة هذه المشروعات أو تعطيهم حق المشاركة في هذه الإدارة.

وقد عرفت منظمة التجارة العالمية الاستثمارات الأجنبية المباشرة بأنها: " تحصل عندما يقوم مستثمر مستقر في بلد ما – البلد الأم بامتلاك أصل موجود في بلد آخر- البلد المضيف مع وجود النية لديه في إدارة هذا الأصل[1].

كذلك يفضل المستثمر الأجنبي هذا النوع من الاستثمار، لأنه يخوله ممارسة حقه في إدارة المشروع الاستثماري ورقابته وتوجيهه بما يكفل تحقيق مصلحته، فضلا عن أن المستثمر الأجنبي هو الذي يختار المشروع الاستثماري الذي يمكنه من تحقيق أكبر ربح من بين المجالات التي تعرضها الدولة الراغبة في جذب الاستثمارات الأجنبية، بالإضافة إلى حقه في تحويل الأرباح والفوائد للخارج، والتحكم في خطط الإنتاج والتشغيل والتوزيع استنادا لأحقيته في ملكية المشروع أو نسبة كبيرة منه[2]، الأمر الذي يؤدي إلى خلق جو من الثقة والاطمئنان بالنسبة للمستثمر بسبب العلاقة المباشرة بينه وبين المشروع الاستثماري.

ولما كانت الاستثمارات الأجنبية المباشرة تتم إما في صورة مشروعات مشتركة مع الدولة المضيفة للاستثمار وإما عن طريق الشركات المتعددات الجنسيات التي تفضل الانفراد بملكية وإدارة المشروع، لذلك سوف نبحث هذه الأمور من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: المشروعات المشتركة: Joint Ventures

الفرع الثاني: الشركات المتعددة الجنسيات: Multinational Corporation

الفرع الأول: المشروعات المشتركة: Joint Ventures:

" قد تشترط الدولة المضيفة للاستثمار أن يجري الاستثمار الأجنبي فيها بالمشاركة مع رأس المال الوطني، عن طريق النص في تشريعاتها الوطنية على ضرورة اشتراك القطاع العام أو الخاص الوطنيين في رأس مال المشروع الأجنبي، حيث تعد المشروعات

[1] راجع هذا التعريف: عوني محمد الفخري: التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة، بيت الحكمة، بغداد، 2002 ص 83.
[2] أنظر د. عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق، ص 98.

المشتركة الشكل الأمثل الذي يمكن الدولة المضيفة من فرض رقابة فعلية على الاستثمار الأجنبي، وذلك من خلال مشاركة ممثليها في إدارة المشروع فضلا عن اكتساب الإطار الوطني والإداري والفني الخبرة والمهارة الكافية لإدارة وتشغيل المشروعات الاستثمارية الكبيرة[1] "

وهذا فإن المشروع المشترك ينشأ بين الحكومة أو مستثمر محلي من جهة ومستثمر أجنبي أو أكثر من جهة أخرى، ويشترك الطرفان بموجبه في تمويل المشروع المقام في إقليم الطرف الأول أو يستقل الطرف الأول في ملكية المشروع وتولى الطرف الثاني خدمات الإدارة وما شابه ذلك[2].

الشكل القانوني للمشروع الاستثماري المشترك:

يتم تحديد الشكل القانوني للمشروع المشترك بالنظر إلى انتماء المساهمين فيه، إما إلى القطاع العام وإما إلى القطاع الخاص، فإذا كان جميع المساهمين في المشروع (الأجانب والوطنين) ينتمون إلى القطاع الخاص، يأخذ المشروع حينئذ شكل الشركة الوطنية العادية، التي تنص عليها قوانين البلد المضيف، فإذا لم يوجد نص في قوانين البلد المضيف يحدد الشكل القانوني على أساس حرية المساهمين في تحديد الشكل القانوني للمشروعات المشتركة الذي يرونه مناسبا لمشروعهم.

وكذلك إذا كانت الحكومة أو إحدى المؤسسات العامة هي التي تشارك الأجنبي في رأسمال المشروع، فإن هذا المشروع يأخذ في الغالب شكل الشركة الوطنية العادية التي تتمتع بجنسية الدولة المضيفة ولكنها تتميز عن الشركة الوطنية الأخرى بأحكام خاصة كما تمنح إعفاءات أو امتيازات معينة لا تشاركها فيها الشركات الأخيرة[3].

---

[1] راجع د. بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية 2006، ص 43.
[2] أنظر د. خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق القاهرة 2002 ص33.
وكذلك الدكتور صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه حقوق عين الشمس، 1999 ص 41.
[3] أنظر د. إبراهيم شحاتة: المشروعات المشتركة في إطار التعاون العربي مجلة السياسة الدولية، عدد 40، أفريل 1975 ص:22.

وفي هذا السياق قد رسم المشرع الجزائري أسلوب المشاركة في الاستثمارات الأجنبية المنجزة بالجزائر وذلك فيما أكدته المادة 58 من الأمر رقم: 01/09 المؤرخ في: 2009/07/22 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 التي تعدل وتتمم بالمادة 04 مكرر 01 للأمر رقم: 03/01 المؤرخ في: 2001/08/30 المتعلق بتطوير الاستثمارات التي تنص على[1]:

المادة مكرر1: تخضع الاستثمارات الأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات قبل إنجازها إلى تصريح بالاستثمارات لدى الوكالة المذكورة في المادة السادسة أدناه.

لا يمكن إنجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في إطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي. ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء.

بغض النظر عن أحكام الفقرة السابقة، لا يمكن أن تمارس أنشطة الإستراد بغرض إعادة بيع الواردات على حالها من طرف الأشخاص الطبيعين أو المعنويين الأجانب إلا في إطار شراكة تساوي فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 30% على الأقل من رأس المال الاجتماعي.

يجب أن يخضع كل مشروع استثماري أجنبي مباشر أو استثمار بالشراكة مع رؤوس أموال أجنبية إلى الدراسة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه.

يتعين على الاستثمارات الأجنبية المباشرة أو بالشراكة تقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لفائدة الجزائر خلال كل مدة قيام المشروع ويحدد نص من السلطة النقدية كيفية تطبيق هذه الفقرة.

توضع، ماعدا في حالة خاصة، التمويلات الضرورية لإنجاز الاستثمارات الأجنبية المباشرة، أو بالشراكة باللجوء إلى التمويل المحلي باستثناء تشكيل رأس المال. ويحدد نص تنظيمي عند الحاجة تطبيق هذه الأحكام[2].

---

[1] الأمر رقم: 01/09 المؤرخ في: 2009/07/22 الجريدة الرسمية عدد:44 الصادرة بتاريخ: 2009/07/26.

[2] يظهر من خلال تمحص فقرات هذا النص المعدل، أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض عند تنظيم استقبال الاستثمار الأجنبي والترخيص به في الجزائر. أهل يكون دائما لا يسمح به إلا بالشراكة مع المساهمة الوطنية بصورة مطلقة، أو يمكن أن يرخص بتواجده منفردا كاستثمار مباشر بدون شراكة؟.

أما في المشروع الدولي العام فنحن أمام مشروع يشترك في إنشائه دولتان أو أكثر بقصد ممارسة نشاط اقتصادي ويتفق الأطراف على الشكل القانوني الذي يأخذه هذا المشروع، " فقد يأخذ شكل شركة وطنية ذات نظام دولي أو شبه دولي، أي تتمتع هذه الشركة إحدى الدول الأطراف على أن تخضع للأحكام الواردة في الاتفاق الدولي[1].

مزايا المشروع المشترك:

" بالنسبة للدولة المضيفة تتمثل هذه المزايا في رأس المال الأجنبي لن ينفرد وحده باتخاذ قرارات الإدارة والتشغيل لأن ملكية العنصر الوطني في رأس مال الشركة سوف تعطيه حق الإشتراك في الإدارة والإطلاع على كافة القرارات في الشركة، فيكتسب بذلك خبرة فنية وإدارية ومن جهة أخرى فإن الدولة المضيفة تضمن بمشاركة العنصر الوطني في الإدارة عدم اتخاذ الشركة قرارات سرية تضر بمصالحها الاقتصادية كما تضمن أيضا عدم قيام دولة المستثمر باتخاذ هذه الشركات مركزا لتجسس وتجميع المعلومات الإستراتيجية[2] ".

أما بالنسبة للمستثمرين الأجانب فإنه يحقق لهم مزايا من أهمها التقليل من المخاطر التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي في البلد المضيف (تأميم ومصادرة ومنع تحويل الأرباح). لأن حكومة الدولة المضيفة بدأت تنظر إلى المستثمر الأجنبي على أنه معاون وليس مستغلا أجنبيا، ثم إن هذه المشاركة سوف تخفف من نظرة العداء التي يشعر بها المستثمر الأجنبي في الدول المضيفة. وعن طريق المشاركة يحصل المستثمر الأجنبي على مزايا وتسهيلات بخلاف لو كان يستثمر بمفرده.

الفرع الثاني: الشركات متعددة الجنسيات: Multinational Corporation

---

إن ذلك ما يستشف بمقارنة الفقرة 2 من المادة 4 مكرر1 التي تجزم على أنه لا يمكن إنجاز استثمارات أجنبية بالجزائر إلا في إطار شراكة وطنية بالأغلبية في رأسمال المشروع.

بينما من جهة أخرى في نطاق تطرقه بالفقرات: 4، 5، 6 من المادة أعلاه التي تستوجب خضوع المشروع الأجنبي للرقابة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار، أو وجوب تقديم المشروع الأجنبي لميزان فائض بالعملة الصعبة، أو لكيفية تمويل الإنجاز بالعملة المحلية. فقد لمّح إلى التمييز بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي بالشراكة.

وهذا ما لا يجزم على أن الاستثمارات الأجنبية في الجزائر لم تقيد دوما بالشراكة التي قد يسمح بها في بعض القطاعات على سبيل الحصر إلى جانب ترك تواجد استثمارات أجنبية مباشرة في قطاعات أخرى.

وهو ما يفيد أن استقبال الاستثمار الأجنبي في الجزائر بحسب تفسير النص أعلاه لا يكون على الإطلاق مقيدا بالشراكة مع المساهمة الوطنية.

[1] راجع د. صلاح الدين عامر: المشروع الدولي العام، دار الفكر العربي القاهرة. 1978 ص. 179 – 180.

[2] راجع د. حامد عبد المجيد دراز: دور السياسة المالية في ترشيد الاستثمار الأجنبي المباشر، بحث منشور في مجلة غرفة الاسكندرية التجارية العدد 402 ماي 1979.

في الغالب يتم انتقال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة عن طريق الشركات المتعددة الجنسيات، فقد بدأ هذا النوع من الاستثمار يتغلغل في كثير من الدول في أعقاب الحرب العالمية الثانية ليسيطر على مواقع هامة في قطاعات اقتصادها القومي (المعادن والطاقة والزراعة والصناعات التحويلية والخدمات).

والشركات المتعددة الجنسية تعني وجود شركة ذات إمكانيات مالية وإدارية كبيرة تحاول مد نشاطها إلى خارج إقليم الدولة التي توجد فيها (الدولة الأم)، فتقوم بإنشاء شركات تابعة أو وليدة في دولة أخرى ويكون لهذه الأخيرة استقلالها القانوني عن الشركة الأم المنشأة لها، حيث تخضع الشركة الوليدة للنظام القانوني السائد في الدولة المضيفة وتكتسب جنسيتها، لكن يبقى ولاءها الاقتصادي للشركة الأم، التي تباشر عليها الرقابة والسيطرة والتوجيه وهذه وتلك يكونان معا كيانا اقتصاديا واحدا يسمى شركة متعددة الجنسية، وإن لم تتحقق له وحدة الكيان القانوني[1].

ولا شك في أن الشركات المتعددة الجنسيات تتميز عن غيرها من الشركات الأخرى بعدة خصائص رئيسية منها:

أ) كبر نشاط هذه الشركات وتنوعها فضلا عن تغلغلها في كل من البلدان النامية والمتقدمة على حد سواء.

ب) تعدد وتشابك العلاقات التي تربط بين الشركة الأم والفروع التابعة لها أو تلك التي تربط الفروع ببعضها البعض فضلا عن تباين أنظمة وأساليب العمل المتبعة في هذه الشركة وفروعها.

ج) وحدة السيطرة من قبل الشركة الأم على الرغم من ممارستها لأنشطتها في دول كثيرة، ويرجع السبب الرئيسي لذلك إلى التقدم التكنولوجي والعلمي خاصة في مجال استخدام الحاسبات الإلكترونية في جمع وتصنيف المعلومات ومعالجتها رياضيا بالأساليب الحديثة.

د) ميزانيات هذه الشركات وحجم مبيعاتها السنوية أعظم من قدرات دول عديدة حتى في أوربا الغربية نفسها.

[1] لمزيد عن تعريف الشركات المتعددة الجنسية راجع: د. محسن شفيق: المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية. دار النهضة العربية بدون تاريخ نشر ص 235.

ه) كبر حجم هذه الشركات بالمقارنة ببقية مشروعات الاقتصاد القومي للبد الأم الذي يوجد فيه مركزها الرئيسي.

و) إنها تعمل على تدويل الإنتاج، إذ أصبحت العملية الإنتاجية داخل المشروع الرأسمالي لا تتم على المستوى القومي، كما كان يحدث في الماضي، وإنما على المستوى العالمي أي أن المراحل المختلفة للعملية الإنتاجية توزع بين شركات قائمة في دول متعددة.

وقد أخذت ظاهرة الشركات المتعددة الجنسية تتخذ أهمية كبيرة على الصعيد الدولي، خصوصا في أعقاب الحرب العالمية الثانية بسبب ما حققته من مكاسب كبيرة فيها، فأصبحت قوة اقتصادية لا يستهان بها تستطيع من خلالها أن تؤثر على النظام الاقتصادي العالمي في كافة جوانبه المالية والنقدية والتجارية، وكذلك على العلاقات بين الدول ذاتها، بل إنها دأبت كذلك على التدخل في الشؤون السياسية للدول المضيفة وتهديد سيادتها الوطنية واستقلالها والمساعدة بنفوذها وأموالها رجال السياسة والأحزاب التي ترعى مصالحها، الأمر الذي جعل الدول خصوصا النامية تنادي بضرورة تنظيم هذه الشركات لما تمثله من خطر عليها، وكان من نتيجة ذلك أن طرح موضوع الشركات المتعددة الجنسيات على بساط البحث والدراسة في مطلع السبعينيات من قبل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) والسوق الأوربية المشتركة والجمعية العامة للأمم المتحدة[1].

المطلب الثاني: الاستثمارات الأجنبية الغير مباشرة:

إذا كان معيار الاستثمار المباشر يتجسد في حيازة المستثمر قدرا من السلطة تمكنه من توجيه إدارة المشروع أو المشاركة فيه، سواء أكان هذا بالوسيلة المألوفة التي تتمثل في ملكية المستثمر لكل أو جزء من المال المستثمر أو بأي وسيلة أخرى متى أدت في الواقع إلى اعتماد المشروع اقتصاديا أو ماليا على المستثمر[2] فإن معيار الاستثمار الغير مباشر ليس كذلك.

فمعيار الاستثمار الغير مباشر أن المستثمر يقتصر دوره على مجرد تقديم رأس المال الى جهة معينة لتقوم بهذا الاستثمار دون أن يكون للمستثمر أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم إدارة المشروع الاستثماري[3] .

---

[1] راجع الدكتور صفوت أحمد عبد الحفيظ: مرجع سابق ص 39.
[2] انظر د.أحمد شرف الدين استثمار المال العربي بدون دار نشر 1993 صفحة 43
[3] اقتصاديات الاستثمار الدولي، المكتب العربي الحديث -الإسكندرية 1992

وتتخذ الاستثمارات الغير مباشرة (الاستثمارات الحافظة) و تكون في صورة من الصور التالية أ) شراء سندات الدين العام أو الخاص – ب) شراء السندات الدولية و شهادات الإيداع المصرفية الدولية المقومة بالعملات الأجنبية و شهادات الإيداع في سوق العملات الدولية – ج) الإيداع في البنوك المحلية – د) شراء القيم المنقولة – هـ) شراء الذهب و المعادن النفيسة – و) القروض التي تقدمها الهيئة الخاصة أو الإفراد سواء كانت قصيرة الأجل أو متوسطة الأجل أو طويلة الأجل بهدف المضاربة و ليس بهدف إنشاء علاقات اقتصادية ثنائية، و غالبا ما تكون هذه القروض في صورة قروض تقدمها البنوك الخاصة و التي تلجأ إليها الدول النامية لتمويل العجز المؤسسي في موازين مدفوعاتها أو العجز المؤقت الذي يطرأ على هذه الموازين نتيجة انخفاض حصيلتها من النقد الأجنبي و قد تكون في صورة (قروض الصادرات أو تسهيلات الموردين).

و تتميز الاستثمارات الغير مباشرة ، بأنها تتجه عادة نحو الأغراض الاستهلاكية و الإنفاق العام بالميزانية ة إمكانية الربح فيها أكبر على المدى القصير و أقل على المدى الطويل، كما أن الاستثمارات الغير مباشرة " القروض" عرضة للتأثر بالتضخم و بالتقلبات النقدية مم يؤدي إلى ضياع المال المستثمر ، كما لا تنتقل على إثر هذه الاستثمارات و المهارات و الخبرات الفنية و التكنولوجية الحديثة المرافقة لرأس المال كما هو الحال في الاستثمار المباشر[1].

و عليه لكل ما تقدم فإن الطريق الأسلم في تمويل الاستثمار في الدول النامية هو الاستثمار الأجنبي المباشر ذو الطبيعة الطويلة الأجل، ذلك لأنه هذه الدول ليست في وضع سياسي يمكنها من الحصول على تمويل تعوضي من المجتمع الدولي في حالة انهيار قيمة عملتها و هروب رؤوس الأموال قصيرة الأجل إلى الخارج[2].

المطلب الثالث: آثار الاستثمارات الأجنبية:

" يرى البعض أن الاستثمارات وسيلة التمويل الوحيدة لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تطمح إليها البلدان النامية، إذ أنها توفر للدول المضيفة رؤوس الأموال الأجنبية مع تجنبها مساوئ القروض وفوائدها من ناحية، ومن ناحية ثانية تعمل على مد

---

[1] انظر على حسين ملحم : دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية- رسالة دكتوراه بجامعة القاهرة 1998 صفحة 18.

[2] انظر د عبد الرحمن صبري- اتجاهات الاستثمار الدولي مركز الدراسات السياسية و الإستراتيجية بالأهرام العدد 61 لسنة 1998 صفحة 17.

الدول المضيفة لها بالتكنولوجيا المتقدمة التي هي في أمس الحاجة إليها، فضلا على أنها تؤدي إلى خلق فرص عمل جديدة وتهيئة وتدريب الموارد البشرية وإكسابها المهارات الفنية والإدارية بالإضافة إلى ما يمكن أن تحققه من أمن دفاعي ضد أي عدوان عسكري خارجي قد تتعرض له الدولة المضيفة، إلا أن البعض الآخر يرى في الاستثمارات الأجنبية استعمارا جديدا وأنها تؤدي إلى إحداث تشوهات هيكلية في بنية الاقتصاديات النامية المضيفة لهذه الاستثمارات[1] ".

وعلى الرغم مما تقدم فإن الآثار الإيجابية للاستثمارات الأجنبية تفوق آثارها السلبية، الأمر الذي دعا بالدول النامية والعربية بصفة خاصة إلى إجراء المزيد من الإصلاحات الاقتصادية والمؤسسية بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة، خاصة في ظل سعيها إلى الاندماج في الأسواق العالمية.

وفي ما يلي سوف نتعرض لأهم المزايا والفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية والمساوئ المترتبة عليها، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الآثار الإيجابية للاستثمارات الأجنبية.

الفرع الثاني: الآثار السلبية للاستثمارات الأجنبية.

الفرع الأول:

الآثار الإيجابية للاستثمارات الأجنبية:

في السنوات الأخيرة اتجهت الدول النامية إلى التنافس لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة واتخاذ الإجراءات الكفيلة لتحسين مناخ الاستثمار فيها لشعورها بدورها الإيجابي في تطوير اقتصادياتها الوطنية[2].

ومن أهم الآثار الإيجابية للاستثمارات الأجنبية المباشرة على الدول المضيفة:

أولا: نقل التكنولوجيا وابتكارها:

يساهم الاستثمار الأجنبي المباشر في نقل التكنولوجيا من خلال الشركات المتعددة الجنسيات لما لها من إمكانية كبيرة في نقل التكنولوجيا الحديثة إلى اقتصاديات الدول

---

[1] راجع الدكتور منصور فرج السعيد: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث السنة 27 سبتمبر 2003 ص: 257.

[2] أنظر الدكتور كريم نعمة النوري: دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية، مجلة علوم إنسانية العدد08 أفريل 2004. وهو مقال منشور على الأنترنيت: www.uluminsunia.net/a94.htm

المضيفة بصورة أفضل نسبيا عن غيرها من حركات رأس المال الأجنبي، لأن الحصول على هذه التكنولوجيا مكلف سواء في ثمنها أو في طريقة استخدامها.

وتشمل التكنولوجيا أيضا بالإضافة إلى العمليات الإنتاجية الفنية، المهارات والقدرات التنظيمية والإدارية والتسويقية، ومن أهم وسائل نقل التكنولوجيا هي:

1-/ اتفاقات المعونة الفنية بين الدول النامية والدول المتقدمة سواء كانت هذه الاتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف.

2-/ شراء المعرفة نفسها من المؤسسات والشركات الأجنبية عن طريق التراخيص.

3-/ الاستثمارات الخاصة حيث أن أغلب نفقات البحوث والتطوير تتم في الدول المتقدمة اقتصاديا، مما يعني سيطرت هذه الدول على التطور التكنولوجي الحديث واعتماد الدول النامية على استيراده منها.

ثانيا: تدريب العمالة وزيادة ضبطها:

من الطبيعي أن يؤدي تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة إلى دولة ما خلق فرص عمل مباشرة أو غير مباشرة لأبناء الدول المستقبلة لهذه الاستثمارات فضلا عن المساهمة في تدريب وتطوير هذه العمالة فنيا، حيث تساهم الشركات المتعددة الجنسيات بقدر كبير في خلق فرص جديدة للعمل أمام المواطنين في هذه الدول، حيث تعمد تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى زيادة الكفاءة الإنتاجية للعمالة من خلال التدريب المستمر والمكثف للوصول إلى أعلى إنتاج وبالتالي رفع مستوى الأجور.

ثالثا: تجديد البنية الداخلية في الدول المضيفة:

غالبا ما يتمركز الاستثمار الأجنبي المباشر في الدول التي تتعهد بتحقيق أوضاع سياسية واقتصادية وقانونية وإدارية شفافة ومستقرة.

وتتخذ مساهمة الاستثمار الأجنبي المباشر في تجديد البنية الداخلية للدولة المضيفة في عدة أوجه أهمها:

1-/ يتمتع الاستثمار الأجنبي المباشر بحرية اختيار المكان الجغرافي الذي يريد التمركز فيه بسهولة، فهو يختار البلد والمنطقة والمدينة وهو بهذا المعنى ليس حبيس مكان سبقت

الإقامة فيه، وقد تترك هذه الميزة أثرا محمودا على الدولة المضيفة سواء اتجه الاستثمار نحو المناطق الأقل تطورا أو الأكثر في البلاد.

2-/ إن حرية حركة الاستثمار الأجنبي المباشر تجعله أكثر مرونة في اختيار القطاعات الاقتصادية الأكثر ملائمة، حيث تسهل الفنون الإنتاجية التي تحوزها الشركات الأجنبية اكتشاف النشاطات التي تنمو بسرعة أو التي تدر أرباحا أوفر لها بالمستقبل.

وبالإضافة إلى تلك المزايا يقوم الاستثمار الأجنبي المباشر بسد الفجوة الهائلة بين الادخار والاستثمار حيث يضفي إضافة إلى الموارد المحلية المتاحة للاستثمار.

الفرع الثاني:

الآثار السلبية للاستثمارات الأجنبية:

إن من أهم وأبرز الآثار السلبية للاستثمارات الأجنبية يتجلى في تأثيرها على ميزان المدفوعات[1]، حيث يشير منتقدو ومعارضو الاستثمارات المباشرة إلى أن الآثار الأولية لتلك الاستثمارات على ميزان مدفوعات الدولة المضيفة قد تكون إيجابية، وذلك لما تؤدي إليه من زيادة حصيلة الدولة من النقد الأجنبي، إضافة إلى أن الشركات متعددة الجنسيات بحكم سمعتها المرتبطة بعلامتها التجارية تفتح أمام الدول المضيفة أكبر لغزو أسواق التصدير وزيادة حصيلة صادرتها، إلا أن تلك الآثار على ميزان المدفوعات في المدى المتوسط غالبا ما تكون سلبية لعدة أسباب منها: أن الآثار الإيجابية والمصاحبة لتدفق الاستثمار الأجنبي المباشر لا تلبث بعد فترة أن تنقلب إلى آثار سلبية، ذلك لأن نشاط الشركات المتعددة الجنسيات سوف يؤدي إلى زيادة واردات الدولة المضيفة من السلع الوسيطة والخدمات كما أن تلك الشركات سوف تقوم بتحويل أرباحها إلى الخارج بالإضافة إلى تحويل جزء كبير من مرتبات الموظفين الأجانب في هذه المشروعات أيضا إلى الخارج وأن هذه الشركات غالبا ما تحد من صادرات فروعها بالدول المضيفة، حيث أن الفرع كثيرا ما يحظر عليه منافسة الشركة الأم في الأسواق العالمية، كما قد تفرض هذه الشركات شروطا تقييدية لا تسمح بموجبها لتلك الفروع أن تقوم بالتصدير إلا إلى

[1] يعرف ميزان المدفوعات لدولة ما بأنه سجل محاسبي منظم لكافة المعاملات الاقتصادية التي تتم بين المقيمين في دولة ما وبين المقيمين في الدول الأخرى في فترة زمنية وهي غالبا سنة واحدة، ويكون ميزان المدفوعات متوازنا عندما تتساوى مدفوعات الدولة مع متحصلاتها، ويكون في حالة اختلال إذا لم تتساوى المدفوعات مع المتحصلات، أنظر جون هيتسون: العلاقات الاقتصادية الدولية، ترجمة طه عبد [illegible] منصور، دار المريخ للنشر الرياض، 1987 ص 185.

أسواق معينة لاعتبارات عديدة منها رغبة الشركة الأم في حماية أسواقها، أو أسواق بعض الفروع التابعة لها أو سعيها لتنظيم العائد على التكنولوجيا والمعرفة الفنية التي تحوزها[1].

[1] أنظر د. إبراهيم العيسيوي: مدى واقعية الآمال المعقودة في تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي الأول للاقتصاديين المصريين – الجمعية المصرية الاقتصادية والإحصاء. للفترة 25 إلى 27 مارس 1976 ص 120.

المبحث الثالث: طبيعة عقود الاستثمار

تمهيد:

إن عقود الاستثمار على اختلاف أنواعها مهمتها الأساسية كما أوضحنا هي تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة عن طريق قيام المستثمرين الأجانب بنقل القيم الاقتصادية إليها عبر الحدود لإقامة المشروعات التي تحتاجها خططها التنموية، مما يعطينا خصوصية يتعين مراعاتها في تحديد نظامها القانوني و أعمال القواعد الملائمة لتسوية منازعاتها، عليه يكون من الضروري معرفة هذه الطبيعة الخاصة لهذه العقود، وكذلك دولية هذه العقود و ذلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار.

المطلب الثاني : دولية عقود الاستثمار.

المطلب الأول: الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار

تتميز عقود الاستثمار بعدد من السمات و الخصائص التي تميزها عن سائر العلاقات التقاعدية الأخرى و تعطيها طبيعتها الخاصة حيث تخلق وضع يكون فيه الطرف الخاص الأجنبي دائم المواجهة مع سلطة حكومية دائمة التدخل بفضل نفوذها كسلطة سيادية لضمان أن يتحقق الهدف المنشود من تعاقدها مع المستثمر الأجنبي ، و كما أسلفنا بأن عقود الاستثمار تتمثل في كونها تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر وكذلك في انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود بغرض تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ، فإن الطبيعة الخاصة لهذه العقود تتمثل في :

الفرع الأول: نوعية الأطراف:

إن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر، الدولة من جهة ، و الشخص الخاص الأجنبي التابع لدولة أخرى من جهة ثانية . فالدولة بوصفها شخصا سياديا فإنها تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها ، و الذي يعد كأصل عام شخصا من أشخاص القانون الخاص[1] ، فإنه يصبح من الضروري مادامت الدولة تتمتع بهذه السلطات و لممارسة هذا النفوذ ، أن يقوم الشخص القائم بالاستثمار داخل الدولة المضيفة تأمين نفسه بعدد من الضمانات القانونية ،

[1] انظر: د حفيظة السيد حداد: العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص8

خوفا منه من احتمال أن تضيع حقوقه ، و غالبا ما تكون هذه الضمانات على النحو التالي:

أ) **شروط اختيار القانون :**

حيث يسعى الطرف التعاقد مع الدولة إلى استبعاد القانون الوطني وصولا إلى تحريره من سلطان القانون اعتمادا على الكفاية الذاتية لهذا العقد أو تدويله بإخضاعه لقواعد التجارة الدولية [1] .

ب) **شروط عدم المساس بالعقد و الثبات التشريعي :**

حيث تهدف إلى تجميد النظام القانوني للدولة المتعاقدة ، و منع السلطات العامة عن اتخاذ أي اجراء أو اصدار أي قوانين أو لوائح تعرض التوازن العقدي و مصالح الطرف الأجنبي للخطر في تاريخ لاحق على توقيع العقد [2].

ت) **آلية تسوية المنازعات :**

وهي تهدف إلى توفير وسائل محايدة و فعالة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن هذه العقود لكي تعيد التوازن بين الأطراف أثناء نظر النزاع ، و غالبا ما يعتبر شروط اللجوء إلى التحكيم ضمانة هامة في هذا الخصوص. خصوصا و أن التحكيم من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي و هو ما يتخوف منه المستثمرين الأجانب غالبا.

الفرع الثاني: موضوع العقد :

إن الباعث الأساسي من وراء عقود الاستثمار على اختلاف نماذجها هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة عن طريق ما تقدمه هذه العقود بحكم طبيعتها من أصول متنوعة منها رأس المال ، و التكنولوجيا ، و القدرات و المهارات الادارية مما يؤدي إلى تحديث الاقتصاد الوطني و الاسراع بوتيرة النمو الاقتصادي [3] ، و يترتب عن ذلك ما يلي :

---

[1] انظر : د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 67

[2] وقد عرفت شروط الثبات التشريعي طريقها لأول مرة في عقد الامتياز المبرم في 1933 بين إيران و الشركة الإنجليزية Anglo Iranian ،اذ نصت المادة 21 من هذا العقد على انه" لا يجوز إلغاء العقد أو تعديله بتشريع عام أو خاص أو اجراء إداري أو أي عمل قانوني أيا كان نوعه يصدر من السلطة التنفيذية. "

[3] انظر الاستثمار الأجنبي المباشر و التنمية، سلسلة منشورات الاونكتاد، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية ، سلسلة منشورات الانكتاد حول القضايا التي تناولتها اتفاقية الاستثمار الدولية، مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية لنيويورك و جناف 1999 ، ص2

أ) مراعاة أهداف المصلحة العامة :

ان المصلحة المنشودة من عقود الاستثمار بالنسبة للدول هو تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال استغلال القدرات التكنولوجية والمالية و الادارية للطرف الأجنبي ، و على المستثمر الأجنبي وإن كان يسعى لتحقيق أهداف و مصالح أخرى خاصة به أن يقبل الاشتراك في عملية تنمية الدول المضيفة و الحصول على الأرباح الناجمة عن تلك المساهمة [1] .

ب) التعاون المستمر بين الأطراف :

ان طبيعة عقود الاستثمار و ارتباطها بالخطط التنموية للدولة المضيفة تستلزم التعاون الوثيق بين الأطراف [2]، حيث يتعهد المستثمر الاجنبي بإمداد الدولة بأفضل المواد و أكثرها مناسبة للمشروع محل التعاقد [3]، و أيضا استخدام التكنولوجيا المتطورة ، و تقوم الدول من طرفها بتقديم التسهيلات اللازمة المتمثلة بتسهيل الحصول على تراخيص الإنشاء أو استخدام العمال و التجهيزات من الخارج أو تملك الأرض التي يقام عليها المشروع.

ت) الاستمرار على المدى الطويل :

تتميز عقود الاستثمار بآجالها الطويلة عموما فهذه العقود كما يصفها المحكم Dupuy في تحكيم Texaco تخلق نوعا من التعاون الطويل الأجل بين الدولة المتعاقدة و المستثمر الأجنبي[4] . حيث يعتبر الوقت عاملا هاما في هذه العقود سواء بالنسبة للمستثمر الأجنبي أو للدولة المتعاقدة.

حيث أن المستثمر لا يتعاقد مع الدول إلا بعد الحصول على ضمانات كافية من هذه الدول تضمن له البقاء لفترة تمكنه من حصاد ما زرعه و الحصول على أرباح تكون مقنعة له .

---

[1] انظر: Riad (T.F.)The Applicable law Governing Transnational Developement Agreement,P.I.

[2] انظر:د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في اطار القانون الدولي الخاص و القانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية،1996، ص 74 .

[3] نص العقد المبرم بين بين الهيئة المصرية العامة للبترول و شركة أموكو للزيت عام 1991 على أن المقول يكون مسؤولا عن اعداد و تنفيذ برنامج العمل الخاص بالبحث و الذي يجب تنفيذه بكفاءة عالية و بما يتماشى مع الأصول السليمة المرعية في الصناعة. انظر هذا العقد المنشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد 11 في 14 مارس، 1991 .

[4] انظر: تحكيم Texaco المنشور في: I.L.M. 1979, Vol. 17.p.3

وكذلك للدول أو الدولة المتعاقدة التي تسعى من خلال هذه العقود إلى تحقيق التنمية المنشودة ، فإن الوقت يعتبر عاملا هاما بها ، حيث أن هذه المشاريع تحتاج إلى وقت طويل حتى تتبدى ملامحها و من ثم الحكم عليها [1].

وعليه فإن هذه العقود تكون عرضة للتأثر بتغيير الظروف المحيطة بها سواء كانت ظروفا اقتصادية أو سياسية ، لذلك كان من الطبيعي أن يتم ادراج شرط إعادة التفاوض[2] Renegotiation clauses التي تكون قادرة على تهيئة تعديلات مستقبلية ضرورية للتوفيق بين الأطراف المتعاقدة و استمرار العقد .

نلخص مما تقدم أن عقود الاستثمار تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى طبيعة أطرفها و ارتباطها بخطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة ، حيث أن هذه الطبيعة لا ترجع من كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص و إنما تستمدها من موضوعها و ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة حيث أن هدف هذه العقود هو تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة مما يكسبها بعدا عاما يتمثل بالارتباط في المجتمع بمعنى أن هذه العقود لم تعد في مصلحة الأطراف فحسب و إنما في مصلحة المجتمع أيضا بسبب تعلقها بالثروات القومية للبلاد.

المطلب الثاني:

دولية عقود الاستثمار.

إن العقد باعتباره تلاقي ارادتين من أجل انشاء اثار قانونية معنية ، قد يتم داخل النظام القانوني الداخلي لدولة معينة ، وقد يتصل بدول مختلفة يحكمها اكثر من نظام قانوني. لذلك تجري التفرقة عادة في مجال روابط القانون الخاص ،-والتي تشكل المحور الرئيسي لتنازع القوانين-بين الروابط الداخلية ، وتلك التي تتسم بالطابع الدولي . حيث تخضع الاولى للقانون الداخلي ، بينما يتعين الرجوع في الثانية الى القانون الدولي الخاص[3].

وعليه فان تمتع العقد بالصفة الدولية يترتب عليه العديد من النتائج ومن أهمها:

---

[1] انظر : د. بشار محمد الأسعد ،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 71 .

[2] تعرف شروط إعادة التفاوض بأنها تلك الشروط التي بمقتضاها يكون لأطراف العقد ، حال تغير الظروف التي واكبت إبرامه، تغييرا يخل بالتوازن الذي رسمه له أطرافه و يجعله تنفيذ أحدهما أو كليهما لالتزامته مرهقا ملاءمة العقد مع الظروف الجديدة . للمزيد : انظر د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 299 .

[3] انظر د. هشام علي صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2001 .ص 58.

1. إفلات العقد من نطاق تطبيق قانون وطني محدد كان سيطبق عليه تطبيقاً مباشراً دون حاجة لاستشارة قواعد الاسناد لو لم تتوفر له هذه الصفة الدولية.
2. إخضاع العقد لقواعد القانون الدولي الخاص ، سواء ما كان منها معتبراً من قواعد تنازع القوانين وبالتالي منح الأطراف مكنة اختبار القانون الواجب التطبيق على الموضوع إذا كان النزاع مطروحا أمام القاضي الوطني ، وعلى الموضوع والإجراءات إذا كان النزاع مطروحاً أمام محكم [1]، او ما كان من هذه القواعد ذو صبغة مادية لا سيما تلك المستمدة من أصل اتفاق دولي[2].

فعلى سبيل المثال لو قام إحدى الدول بإبرام عقد الاستثمار مع شخص أجنبي بما يترتب عليه انتقال للقيم الاقتصادية عبر الحدود بحسب الهدف المراد منه ، فهل يتصف هذا العقد بالطابع الدولي ، أو بالأحرى ما هو المعيار الذي يمكن من خلاله إسباغ الصفة الدولية على مثل هذه العقود؟

حيث سوف نجيب على هذا التساؤل من خلال عرضنا لهذا المطلب للمعايير التي وضعها الفقه والقضاء المقارن لدولية العقد وصولاً الى تحديد المعيار المفضل لدولية عقد الاستثمار وذلك خلال فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول : معايير دولية العقد.

الفرع الثاني : المعيار المفضل لدولية عقد الاستثمار.

الفرع الأول : معايير دولية العقد.

يمكننا القول من خلال الاطلاع على أحكام القضاء والفقه المقارن بأن هناك ثلاث معايير تستخدم في تحديد الصفة الدولية للعقد وهي:

1. المعيار القانوني.
2. المعيار الاقتصادي.
3. المعيار المختلط (الاقتصادي والقانوني)

---

[1] انظر: د.ابو العلا على ابو العلا النمر : دراسة تحليلية المبادئ معهد روما " اليونيدروا، المتعلقة بعقود التجارة الدولية ، دار النهضة العربية، القاهرة ص91

[2] راجع د.ثروت حبيب : دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، مكتبة الجلاء المنصورة1995 ، ص 213-258

1- المعيار القانوني:

يقوم المعيار القانوني في تحديده لدولية العقد على فكرة مؤداها أن العقد يعتبر دولياً لمجرد تطرق الصفة الأجنبية الى اي عنصر من عناصر العلاقة القانونية[1]، إلا أن أنصار هذا المعيار اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية.

فمنهم من ذهب[2] الى تسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على تطرق الصفة الاجنبية الى اي منها اكتساب العقد للطابع الدولي الذي يبرر اخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص ، أي انه يكفي لاعتبار العقد دولياً أن يتطرق العنصر الاجنبي الى عنصر الاطراف كأن تكون جنسياتهم مختلفة أو عنصر الموضوع كأن يكون مكان تنفيذ العقد مختلفاً عن دولة القاضي أو عنصر الواقعة المنشئة كأن يكون مكان ابرام العقد في غير دولة القاضي وهذا المعيار وفقاً لأنصاره هو القادر على تأييد عالمية حلول القانون الدولي الخاص.

إلا أن هذا الاتجاه تعرض للانتقاد ، كونه يقضى باعتبار العقد دولياً لمجرد أن يتوافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بصرف النظر عن أهمية ذلك العنصر أو طبيعة الرابطة المطروحة[3] .

بينما ذهب اخرون الى رأي أخر حيث اوضحوا بأنه يجب التفرقة بخصوص العناصر القانونية للعقد والتي تتطرق إليها الصفة الاجنبية ، بين العناصر غير الفاعلة أو المحايدة وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة في العلاقة التعاقدية ، بحيث لا يعتبر بمجرد توافر العناصر الاولى كافية لإضفاء الطابع الدولي على هذه الرابطة، وإنما يتعين أن تكون الصفة قد تطرقت الى عنصر قانوني فاعل أو مؤثر [4] ، فقد قيل أنه لا يعقل أن يعتبر العقد دولياً على سبيل المثال لمجرد أنه حرر على ورق مصنع في دولة أجنبية[5].

---

[1] انظر : د.ابراهيم أحمد ابراهيم: الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، مرجع سابق ص348.

[2] انظر : د. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني في تنازع القوانين ، وتنازع الاختصاص القضائي ، مرجع سابق ص 430 وكذلك د.أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية ، القانون الواجب التطبيق وأزمته) ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ص 184.

[3] انظر: د.أحمد صادق القشري : الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد الحادي والعشرون ، 1975 ص85 .

[4] انظر بشأن الاخذ في هذا الرأي ، د. أحمد صادق القشيري ، مرجع سابق ص 75.

وكذلك د.هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، مرجع سابق ، ص 119 .

وكذلك د. محمود محمد ياقوت : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ، الاسكندرية 2000 ص 61.

[5] انظر د.هشام صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ص 78 .

فتحديد دولية العقد من عدمه على هذا النحو هي مسألة نسبية تتوقف على طبيعة الرابطة العقلية ، ويؤكد الطابع النسبي للصفة الدولية للرابطة العقدية ، ان تحديد هذه الصفة يتم من خلال معيار كيفي هو العنصر الاجنبي المؤثر في هذه الرابطة بصرف النظر عن الكم العددي للعناصر الاجنبية المحايدة التي قد تتطرق اليها [1] .

2- المعيار الاقتصادي :

ظهر المعيار الاقتصادي في أواخر العشرينيات من القرن الماضي في مجال القانون النقدي والمدفوعات الدولية[2] ، حيث يعتبر العقد دوليا وفقاً لهذا المعيار بمجرد اتصاله بمصالح التجارة الدولية ، ولما كان مصطلح التجارة الدولية يحتاج الى تعريف فقد اتخذ هذا المعيار صوراً متعددة ، حيث كانت كل صورة بمثابة حل يلبي حاجات اقتصادية معينة يشهدها المجتمع الفرنسي الذي ظهر فيه هذا المعيار ، وسوف نعرض لأهم هذه الصور:

أ) الصورة الاولى (معيار المد والجزر):

حيث يقتضي هذا المعيار لكي يعتبر العقد دولياً يجب أن ينطوي على حركة مد وجزر أي (ذهاب وإياب) لقيم اقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر فالعقود التي تتضمن استراداً للبضائع وتصديراً لرؤوس الأموال أو تصديراً للبضائع و استزادا لرؤوس الأموال تعد عقوداً دولية في نظر القائلين بهذا المعيار[3]،و العقد الذي لا يستتبع حركة القيم الاقتصادية عبر الحدود لا يعد عقداً دولياً ولو انطوى على عنصر أجنبي أو أكثر ، فدولية العقد وفقا لهذا الصورة تستمد من مضمونه ومن سبب وجوده وهو انتقال القيمة الاقتصادية في اتجاه واحد من بلد لآخر ، فالطبيعة الاقتصادية للعقد هي أساس العملة التعاقدية والعقد الذي لا ينطوي على هذا الأساس يعتبر عقداً داخلياً.

وقد اعتنق القضاء الفرنسي المعيار الاقتصادي في حكم محكمة النقض في 17 ماي 1927 و في 8 جويلية 1931 فقرر أن العقد يعتبر دولياً متى ترتب عليه مدفوعات دولية ولو كان خالياً من العنصر الأجنبي ، ويعتبر العقد داخلياً إذا لم تترتب عليه مدفوعات دولية بل مجرد مدفوعات داخلية ، إلا أن هذا المعيار تعرض للانتقاد لعدم قدرته على

---

[1] المرجع السابق ص 78 .

[2] انظر د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق ص 182.

[3] انظر د أحمد عبد الكريم سلامة ، العقود الدولية للاستثمار و التنمية الاقتصادية ، القاهرة ، بدون دار النشر ، 1984 ص1984 ، ص 18. وكذلك د.محمد عبد العزيز بكر (فكر العقد الإداري عبر الحدود) مرجع سابق ، ص61

استيعاب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية ، مما يجعل من الصعوبة الاخذ في نطاق بعض العقود مثل عقود الخدمات الدولية ، ما اضطر القضاء الفرنسي الى تطوير المعيار الاقتصادي لدولية العقد الى صورة اخرى[1] .

ب) الصورة الثانية (معيار مصالح التجارة الدولية)

وفقا لهذا المعيار يعتبر دولياً كل عقد يتصل بعملية اقتصادية تتضمن حركة للأموال والخدمات أو بمدفوعات عبر الحدود حتى ولو كانت في اتجاه واحد ، وقد ظهرت هذه الصورة للمعيار الاقتصادي بمناسبة بحث مسألة صلاحية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية ، ففي قضية شهيرة طرحت على محكمة النقض الفرنسية في 19 فيفري 1930 [2].

وتتلخص وقائعها في أن عقد بيع أبرم في فرنسا بين فرنسيين بشأن بيع مائة طن قمح بموجب عقد بيع (C.A.F) وفقاً لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب والتي تحتوي على شرط تحكيم ، وعلى أثر نشوب خلاف بين الاطراف تم عرض النزاع أمام القضاء الفرنسي وعلى الرغم من كون العقد قد ابرم في فرنسا بين فرنسيين ومكان التنفيذ كائن في فرنسا ، فإن محكمة النقض قد نقضت ما انتهت إليه محكمة الاستئناف في أن العقد يخضع لأحكام القانون الفرنسي و لا يمكنه أن يتخلص من القاعدة الآمرة في القانون الفرنسي والتي تقضي ببطلان شرط التحكيم الذي يحتويه العقد ، فقررت محكمة النقض أن بطلان شرط التحكيم المقرر في المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي لا يتعلق بالنظام العام في فرنسا ومن ثم فانه اذا كان هذا البطلان يسري في نطاق العقود الداخلية ، الا أنه لا يسري في نطاق العقود الدولية والتي تكتسب هذه الصفة لمجرد أنها تراعي أو تأخذ في الاعتبار مصالح ومقتضيات التجارة الدولية.

وهكذا يمكن القول بأن المعيار الاقتصادي يتطلب لدولية العقد وجوب انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود ، وان كانت له صورتين : صورة (معيار المد والجزر) التي تتطلب أن يكون الانتقال " متبادلا " وصورة (معيار مصالح التجارة الدولية) والتى تكتفي أن يكون الانتقال في اتجاه واحد .

[1] انظر د.عز الدين عبد الله ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ص 458.

[2] انظر : د.بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ص83.

ث) المعيار الاقتصادي القانوني (المعيار المختلط)

يجمع هذا المعيار القانوني والاقتصادي في معيار واحد بمعنى أنه لا يكفي لدولية العقد مجرد وجود عنصر أجنبي في الرابطة النقدية (المعار القانوني) ، بل لابد من تعلق الامر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي) وقد اعتنق القضاء الفرنسي الحديث هذا المعيار في أحكامه خاصة في عقود الوكالة الدولية التي تتم بين شركة أجنبية ووكيل لتوزيع منتجاتها في بلد أجنبي ، فقد استندت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في جويلية 1972 [1]، إلى كل من المعيار القانوني و المعيار الاقتصادي معاً في نفس الوقت لتقرير دولية العقد المبرم بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية أصبح بمقتضاه وكيلاً للشركة الهولندية ، مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا ، وهو ما كشف عن اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الهولندي والنظام الفرنسي ، إلا أن المحكمة لم تكتف بتوافر هذا المعيار القانوني لدولة العقد ، بل أشارت في معرض تأكيدها لدولية العقد الى ما يهدف اليه العقد من انتقال للأموال عبر الحدود يمس على هذا النحو مصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).

وهكذا يمكن القول بأن خلاصة ما تقدم يتبين لنا بأن معيار دولية العقد قد تطور بصفة عامة من المعيار قانوني تقليدي يكتفي بمجرد توافر عنصر أجنبي لتحقق دولية العقد الى معيار حديث يتطلب في العنصر الاجنبي أن يكون مؤثراً في العلاقة العقدية لوصفها بالدولية ، ثم الى معيار اقتصادي في صورة معيار مد و الجزر والذي يتطلب أن يكون انتقال القيم الاقتصادية بصورة متبادلة ، ثم إلى معيار التعلق بمصالح التجارة الدولية الذي يكتفي بمجرد انتقال القيم الاقتصادية ولو في اتجاه واحد عبر الحدود ، ثم إلى معيار مختلط يجمع بين كل من المعيار القانوني والاقتصادي .

---

[1] راجع نقض فرنسي في 1972/07/04 منشورة في Cass 04/07/1972 Rev. Crit 1974, P82 Note lever

الفرع الثاني : المعيار المفضل لدولية عقود الاستثمار.

إن معظم عقود الاستثمار يترتب عليها انتقال قيم اقتصادية عبر الحدود ، وبالتالي يجب أن يكون معيار الدولية من العمومية بحيث ينطبق على كل حالات تلك العقود ، وبالرغم من إن جوهرية عنصر انتقال رؤوس الأموال والبضائع في عقود الاستثمار ، إلا أننا لا نقر بانفراد المعيار الاقتصادي ، لان هذا المعيار يركز على نتيجة العملية التعاقدية و أثرها الاقتصادي أو التجارية ، ويهمل أساس العملية وهو التصرف القانوني فما انتقال القيم الاقتصادية من بلد لآخر إلا نتيجة لتصرف قانوني سبق هذا الانتقال [1] .

ولا بد من توضيح مسألة هامة وهي أن جوهر عقود الاستثمار كما بينا سلفاً يتمثل في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة من خلال انتقال قيم اقتصادية اليها بواسطة مستثمرين أجانب لذلك فإننا نفصل تبني المعيار الاقتصادي (المختلط) في تحديد دوليتها .

فبالرغم من تطرق الصفة الأجنبية الى هذه العقود من خلال أطرافها كونها تبرم بين الدولة وشخص أجنبي وهو ما يعني بتوافر المعيار القانوني فيها إلا اننا لا نحبذ انفراد المعيار القانوني في تقرير دولية هذه العقود ، ذلك أن الجنسية لا تصلح في ذاتها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على العقود ، حيث أنها لا تعتبر عنصراً مؤثراً فيها [2] .

وعلى الرغم من كون انتقال القيم الاقتصادي عبر الحدود يعتبر عنصراً جوهرياً في عقود الاستثمار ، الا أننا لا نميل أيضا الى تقرير انفراد المعيار الاقتصادي في اضفاء الصفة الدولية على هذه العقود ، ذلك ان هذا المعيار يركز على النتيجة العملية التعاقدية وأثرها الاقتصادي أو التجاري ويهمل أساس العملية و التصرف القانوني ، وبناءاً فإننا نميل الى تفضيل المعيار القانوني الاقتصادي كأساس لتبني الصفة الدولية لعقود الاستثمار

[1] د. أحمد عبد الكريم سلامة ، العقود الدولية للاستثمار والتنمية الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 17 . وكذلك د. محمد عبد العزيز بكر ، مرجع سابق ص 65.

[2] انظر: هشام صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مرجع سابق ص 78

حيث يتصف هذا المعيار بالعموم على نحو يمكنه من استيعاب النماذج المختلفة لهذه العقود.

ويتفق معظم الفقه مع ما ذهب إليه الدكتور بشار محمد الأسعد في بحث عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة بأن اتفاقية واشنطن عام 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قد أخذت بالمعيار القانوني الاقتصادي لدولية عقود الاستثمار و إن كانت لم تفصح عن ذلك صراحة.

حيث يبين ذلك بأنه ما يمكن استخلاصه من نص المادة 1/25 التي تنص على أنه : يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة و أحد رعايا دولة متعاقدة أخرى ، و التي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات ، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز و متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها [1]. حيث يتضح من هذه المادة أنها قد اشترطت لانعقاد الاختصاص للمركز عدة شروط منها:

- أن يكون الطرف المتعاقد مع الدولة في عقد الاستثمار مستثمرا أجنبيا منتميا لجنسية دولة أخرى طرف في الاتفاقية غير الدولة المتعاقدة ، و هو ما يفيد بتوافر المعيار القانوني.

- بالإضافة إلى اشتراطها أن تكون المنازعة قانونية و ناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار ، و برغم عدم تضمن الاتفاقية تعريفا واضحا أو محددا للمقصود بتعبير الاستثمار Investment ، إلا أنه يمكن القول بأن الاستثمار على اختلاف الآراء بشأنه فهو ينطوي على انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي ، و بما يكفل زيادة الإنتاج و التنمية في الدول المضيفة ، و

---

[1] انظر نص الاتفاقية منشور على شبكة الانترنت :
http//www.jus.uio.no/in/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/doc.

هو الأمر الذي يفيد بتوافر المعيار الاقتصادي ، وهذا يعني أن الاتفاقية لم تكتف بمجرد توافر عنصر أجنبي في العلاقة العقدية (الجنسية) لإضفاء الطابع الدولي على عقود الاستثمار و من ثم انطباق أحكام الاتفاقية على هذه العقود ، و لكنها تتطلبت فضلا من ذلك أن يترتب عن هذه العقود انتقال قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة .

ونلخص مما تقدم بأن عقود الاستثمار هي عقود دولية [1] بالنظر إلى توافر المعيار القانوني الاقتصادي فيها و يترتب على ذلك خضوعها للآثار المترتبة على العقود الدولية.

و هكذا بعد ان انتهينا من دراسة الفصل الاول و الذي خصصناه للحديث عن ماهية عقود الاستثمار وأنواعها ، يمكننا القول بأنها تلك الطائفة من العقود التي تبرمها الدول أو الأجهزة التابعة لها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو اعتباري ، و يلتزم المستثمر الأجنبي بمقتضاها بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في المشروعات على أرضها ، و التي تتعدد نماذجها بحسب حاجة الدولة لتنفيذ خططها التنموية ، و ذلك بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة و الربح للمستثمر الأجنبي .

و الغالب أن تكون مدة العقد طويلة نسبيا وهي عقود دولية تتمتع بطبيعة خاصة ترجع إلى تعلقها بالخطط التنموية للدولة المضيفة للاستثمار و هو ما يقتضي أفرادها بمعاملة مميزة خصوصا المتعلقة بتسوية منازعاتها بطريق التحكيم و هو الذي سوف نتعرض له لاحقا الباب الثاني لبحثنا في الرسالة.

[1] انظر: د.عكاشة عبد العال : الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحيث مقدم إلى مؤتمر آفاق و ضمانات الاستثمارات العربية ، الأوربية في بيروت، من 13 إلى 2001/02/15 و منشور ضمن مؤلف بعنوان آفاق و ضمانات الاستثمارات العربية- الأوربية من أعداد مركز الدراسات العربي ، الأوربي ط1، 2001، ص 63

الفصل الثاني:

ماهية وأنواع ومصادر الوسائل الودية

إن من أهم الضمانات التي يتمتع بها المستثمر في الدولة المضيفة للاستثمار هو ضمان تسوية الاستثمارات، حيث أن المناخ العام للاستثمارات لا يتأثر فقط بالنظام والقواعد السائدة في الدول المضيفة في مرحلة السكون، وإنما يتأثر بتسوية منازعات الاستثمار في مرحلة الحركية. وحيث أنه في كثير من الدول المضيفة للاستثمار لا تتمتع الأجهزة القضائية فيها بدرجة من الاستقلال في مواجهة السلطات السياسية، إضافة إلى عدم توافر المحاكم المتخصصة لدى هذه الدول لحل المنازعات الاستثمارية، جعل الاتجاه العام لدى هذه الدول إلى حل منازعات الاستثمار عن طريق القضاء[1].

وعلى الرغم من أنه يحق لدولة المستثمر حمايته دبلوماسيا في مواجهة البلد المضيف بالطرق السياسية أو القضاء الدولي[2]. إلا أن الواقع العملي يشهد بأن حل منازعات الاستثمار يتم غالبا بطريق الاتفاق بين الأطراف على وسيلة لحل المنازعات خلاف القضاء الوطني، والتي غالبا ما تكون التفاوض أو التحكيم الدولي أو التوفيق والوساطة كوسائل ودية لحل النزاع، وهي وسائل كلاسيكية في القانون الدولي العام، إذ ورد القصد منها. تلك المساعي الدبلوماسية التي يبذلها الأطراف لإيجاد تسوية ودية للنزاع دون اللجوء إلى المحاكم الوطنية، حيث تستمد هذه الآلية أساسها من القانون الدولي العام وفقا لميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945. إذ تدعو المادة 33 منه إلى البحث عن التسوية السلمية للنزاعات وفقا لمصادر القانون الدولي الواردة في المادة: 39 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وفي هذا المنحى قد منحت كل الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مهلة محددة من إثارة النزاع لتسوية ودية قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، وسنتناول في الفصل الثاني من هذا الباب ماهية الوسائل وأنواعها ومصادرها، ثم نتطرق في الفصل الثاني للتسوية القضائية بنوعيها الداخلية والدولية.

[1] **د. عاطف إبراهيم محمد:** ضمان الاستثمار في البلدان العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. 1998.

[2] **د. إبراهيم شحاتة:** الحدود السياسية للتمويل الخارجي، دار النهضة العربية، 1972.

سنتناول في هذا الفصل ماهية هذه الوسائل الودية من ثمة سنتناول في المبحث الأول تعريفها وفي المبحث الثاني نشأتها في مختلف المجتمعات إلا أن ترسخت كمصادر في الأنظمة القانونية والقضائية المعاصرة وضبطها بالأحكام المتعلقة بالنسبة لأطرافها ونظامها القانوني ثم نتطرق إلى أنواعها بتفصيل الأنواع التي تقتصر على الأطراف والأنواع التي تعتمد على تدخل الغير في حل النزاع.

المبحث الأول:

تعريف الوسائل الودية.

إن العادات والتقاليد في المجتمعات القديمة قد فرضت الوسائل الودية لحسم الخلافات بين الأفراد قبل نشوء المحاكم التابعة للدولة، وقد تطورت وتبوأت مكانتها عن طريق المواجهة مع القضاء التقليدي خصوصا في الدول المتقدمة صناعيا والمزدهرة اقتصاديا ذلك لأن الأسلوب القضائي في هذه الدول كان يتسم بالشكليات والتعقيدات الإجرائية مما جعله بطيئا للغاية وبعيدا عن طموح الذين يرغبون الوصول إلى حقوقهم بأقصر وقت ممكن وبأقل جهد وتكلفة مع الحفاظ على سرية خلافاتهم واستمرار نشاطهم بالحفاظ على علاقاتهم التجارية.

فظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة ومتعددة غير واضحة المعالم أحيانا ولا يمكن تعريفها بشكل دقيق، فعلى سبيل المثال اعتبرها البعض بأنها قضاء غير رسمي (Justice informelle) أو قضاء اتفاقي (Justice Convenue)، قضاء ودي (Justice amiable) ولكن التسمية الأكثر استعمالا وشيوعا باللغة الإنجليزية المختصرة بالـ: (A.D.R.) التي تدل على مختصر Alternative dispute resolution وفي اللغة الفرنسية تعرف بالـ: M.A.R.C وهي مختصر لـ Mode alternative de règlement des conflits، فجميع هذه التسميات تتمحور حول فكرة واحدة هي البديل أو الخيار Alternative، عن النظام القضائي الكلاسيكي واللجوء إلى الطرق الودية التي يختارها المتنازعون لأجل حل نزاعاتهم بعيدا عن القضاء الكلاسيكي.

وفي هذا السياق جاء تعريف الاستاذ Jarrosson على أنها: " مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث تهدف إيجاد حل غير قضائي لهذا النزاع[1].

---

[1] **CH, Jarrosson** : ''Les Modes alternatife de règlement des conflits'' Cours D.E.S.S. Filière Franco phone U.L. 2001. 2002 p2.

- **كما عرفها الأستاذان**: Marriott و Brown، بأنها مجموعة من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطريق غير قضائي أو غير تحكيمي، ولكن ليس بالضرورة تقتضي تدخل أو مساعدة من شخص ثالث محايد يسعى إلى مساعدة الأطراف بغية تسهيل الوصول إلى حل النزاع.

- كما عرف المركز التجاري في أستراليا .A.C.D.C هذه الوسائل بأنها: " العمليات التي تهدف إلى تشجيع المتنازعين بغرض الوصول إلى حل خلافاتهم بأنفسهم وذلك بواسطة شخص ثالث حيادي لتسهيل عملهم".

فكلمة البديل (Alternative) استعملت في معنى حرية اختيار الطرق غير القضائية[1]، إلا أن مدلولها لم يعد مقصورا بتعبير البديلة بل اعتبر الكثيرون وعلى رأسهم غرفة التجارة الدولية .C.C.I بأن الحرف الأول A يقابل كلمة Amiable بدلا من Alternative أي بمعنى الوسائل الودية بدلا من الوسائل البديلة، ومنهم من يفضل استعمال عبارة Additionnelle أي بمعنى الوسائل الإضافية ومنهم من يفضل استعمال عبارة Appropriate أي بمعنى الوسائل الملائمة أو المناسبة لحل النزاعات وذلك لترجيح هذه الوسائل لحل النزاعات بالمقارنة مع القضاء التقليدي أو التحكيم[2].

وأيا كانت هذه التسميات فإن الجوهر يبقى واحدا وهو الحل الودي بين المتنازعين بعيدا عن التعقيدات والإجراءات الرسمية والشكليات المعقدة وذلك بنتيجة التوسط، أو التفاوض، أو التوفيق، بواسطة جهة حيادية مستقلة ونزيهة بهدف الوصول إلى حل نهائي يرضي الأطراف وتأمين مصالحهم وتوطيد علاقاتهم بصورة إيجابية وأكثر جدوى.

بعد أن تناولنا تعريف هذه الوسائل لا بد من معرفة نشأتها ومراحل تطورها، هذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المبحث الثاني:

نشأة الوسائل الودية ومراحل تطورها:

إذا كان التحكيم قد وجد مع وجود البشرية فهو إحدى الوسائل البديلة لحل النزاعات وهذا زمانه أيضا فبحق هذا عصر التحكيم. ولكن لا يلبي جميع مطالب أطراف النزاع فهو أسلوب قضائي ليس سليما ويفرض حلوله على الأطراف في نهاية الدعوى وينشأ قانونا يلزم المتنازعين. هذا من جهة، ومن جهة أخرى وفي ظل التطور الحاصل في عالم التجارة مع سرعة وسهولة الاتصالات وثورة التكنولوجية، وفي ظل التطور الاقتصادي وتكاثر وتشعب العلاقات التجارية وضخامة العقود التجارية الداخلية والدولية خصوصا، نرى أن التحكيم بدأ يتراجع في تلبية جميع مطالب المتنازعين لذلك بدأ المتنازعون بالبحث عن وسائل أخرى لحل خلافاتهم خصوصا في العقود الأخيرة من القرن المنصرم.

[1] **CH, Jarrosson** : Op-cit p276

[2] أنظر سامي سركيس: مداخلة في ندوة المحامون للألفية الجديدة اتحاد المحامون العرب، سوريا، دمشق، 2003، ص 30.

ولكن من الخطأ التشبث بحداثة هذه الوسائل، فلو بحثنا وتمعنا الجانب التاريخي والاجتماعي لهذه الوسائل الودية لوجدنا أنها كانت موجودة منذ القدم، ولكن أغلبية الفقهاء تناولوها باهتمام وجعلوها موضوع الساعة. وذلك لأن التقاليد والعادات التي كانت تحكم الشعوب قبل آلاف السنين كانت تحث المتنازعين على التصالح والتسوية الودية والتوافق كما تحثهم على الإبراء الطوعي من الدين.

إذن هذه الوسائل كانت موجودة وهي أصلا كانت منبثقة من حكمة الشعوب ولها علاقة وطيدة ووثيقة بالثقافة والتقاليد والعادات الاجتماعية والروابط التجارية لكل بلد، حيث أن العديد من الشعوب الآسيوية والإفريقية كانت تلجأ إلى هذه الوسائل بصورة ودية وصامتة قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء[1].

وخير دليل على قدم هذه الوسائل هي الأقوال المأثورة والشعبية التي كانت تتداولها الشعوب القديمة وفي أماكن مختلفة عبر قرون طويلة إلى يومنا هذا، بل إنها موجود في الإنجيل والتوراة وحتى في القرآن الكريم، فالآية الكريمة التي تحث المتنازعين على الإبراء الطوعي من الدين أو إعطاء مهلة نظرا لسوء وضع المدين تعتبر وسيلة من وسائل حل النزاعات وذلك باسم التسامح الديني والإسلامي، حيث يتدخل طرف ثالث مصلح أو وسيط، فيطلب من الدائن التنازل عن دينه مراعاة لوضع المدين المعسر حيث جاء في الآية الكريمة: ((وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون))[2]، أي بمعنى إذا كان المدين معسرا فعليكم أن تمهلوه إلى وقت يسير وإذا تجاوزتم عما لكم عنده فهو أكرم وأفضل إن كنتم تعلمون ما لذلك من أجر عظيم.

كما أشرنا فإن الشعوب الآسيوية القديمة كانت ولا تزال تلجأ إلى هذه الوسائل حتى يومنا هذا. ففي الحضارة الصينية مثلا يعتبر أن اللجوء إلى المحاكم عامل يزعزع النظام العام ويخل بالروابط الاجتماعية والتعامل التجاري، وليدهم مقولة معروفة وهي أن دعوى رابحة تكلف نقودا أو خسارة نقود، وذلك لأنهم يعتبرون أن اللجوء إلى المحاكم سوف

---

[1] J. EL-Hakim. ''Les mode alternatifs de règlement des conflits dans les droit des contrats'' R.I.D.C. 1997, No2, P 349.

[2] سورة البقرة: الآية 280.

يكلفهم مصاريف وأتعاب ورسوم إضافية، بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى الإخلال بالروابط الاجتماعية والتجارية.

كما عرفت الشعوب والقبائل العربية هذه الوسائل، فالحكمة لديهم كانت تحث المتنازعين على تجنب اللجوء إلى المحاكم وخير دليل على تلك الأقوال والأمثال الشعبية فيقال " صلح خسران أفضل من دعوى رابحة " أو " صلح مجحف خير من دعوى رابحة " وهذا ما هو متداول حتى يومنا هذا، فيحاولون حل خلافاتهم بأنفسهم أو عن طريق شخص آخر كشيخ القبيلة، أو بواسطة شخص ذي سمعة طيبة يحاول أن يتوسط ويصلح المتنازعين ويجنبهم اللجوء إلى المحاكم.

وفي إفريقيا تحديدا بالسينيغال، توجد عندهم وسيلة تعرف بـ: Palabre وهي قريبة من الوساطة والمصالحة والتوفيق، واعتادوا اللجوء إلى هذه الوسيلة في حل نزاعاتهم التجارية والمدنية أيضا وفي حال تعذر الوصول إلى حل يرضي المتنازعين قد يلجأون إلى القضاء أو التحكيم[1].

ومن خلال ما تقدم نرى أن هذه الوسائل وجدت مع وجود الخلافات التي كانت تنشأ لدى مختلف الشعوب والقبائل وهي أصلا منبثقة من عاداتهم وتقاليدهم واعتادوا أن يجدوا حلولا ودية وهادئة وغير معلنة بغية حفظ علاقتهم وترابطهم الاجتماعي، وذلك بعيدا عن المحاكم وتطبيق النصوص القانونية، وذلك لقناعتهم بأن اللجوء إلى المحاكم ما هو إلا هدرا للوقت والمال وإخلال بالروابط الاجتماعية والتجارية.

وما نراه اليوم، وخاصة في ظل التطور الحاصل في عالم التجارة والأعمال وازدياد العلاقات الاقتصادية والتجارية وتكاثر العقود وتشابكها بشكل كبير بحيث أخذت تتخطى حدود الدول بعد أن أصبح العالم شبه قرية كونية في ظل موجة التحرر والعولمة والخوصصة، وما نتج عن ذلك من منافسة شديدة في عالم التجارة المحلية والدولية خصوصا، الأمر الذي دفع التجار ورجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبيرة للبحث عن سبل أخرى لحل نزاعاتهم بعيدا عن قضاء الدولة والتحكيم، وتوفر لهم الوقت والجهد والمال، وتحافظ على سرية نزاعاتهم بشكل أفضل وأيسر والتخلص من الشكليات

[1] أنظر علاء أبريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية ص 59.

والإعراض عن المناقشات القانونية والإجراءات الصرفة، كالمجادلة في تنازع القوانين والاختصاص، والابتعاد عن جو المحاكم المكتظة بالدعاوى، إضافة إلى ذلك تجنب اللجوء إلى هيئات التحكيم كلما أمكن[1]. ذلك لأنها باتت هي أيضا مكلفة ومرهقة ولا تحقق دائما تطلعات المتنازعين الذين يرغبون الوصول إلى حقهم بأفضل الوسائل. ومن جهة أخرى فإن التجار ورجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبرى هم أناس غير قانونيين وما يهمهم وما يفكرون به هو كم من الوقت والجهد والمال سوف تستغرق الدعوى في سبيل حل نزاعهم، فهم ينظرون ويفكرون بوجهة نظر مالية، حيث تولدت لديهم القناعة بأن المنازعات القضائية هي بحد ذاتها شر[2]، فبدأو يفكرون في حل نزاعاتهم بطرق ووسائل غير قضائية وغير تحكيمية توفيرا للوقت والمال والجهد الذي يبذلونه فيما فلو لجأوا إلى القضاء أو التحكيم، وتولدت لديهم القناعة على أنه في إمكانهم إيجاد حلول أكثر فعالية ومناسبة وملائمة وتضمن استمرار علاقاتهم التجارية وذلك لأن المنازعات قد تحل قضائيا ولكن المشكلة تبقى عالقة وتعيق علاقاتهم المستقبلية، لذا لجأوا إلى هذه الوسائل وهم معتمدين على الخبرة التي اكتسبوها في أعمالهم ونشاطاتهم مع قدر من الحكمة بعدما استنتجوا أن الخلافات يمكن حلها بدون اللجوء إلى المحاكم، لذا نرى انتشار وشيوع هذه الوسائل في الدول الغربية وشرق آسيا، وأستراليا وبقية الدول المتقدمة صناعيا والمزدهرة اقتصاديا، خصوصا أن اللجوء إلى المحاكم في هذه الدول يتم بسهولة ويعتبر من المظاهر والمثل الديمقراطية العليا لديهم. ففي الآونة الأخيرة وتحديدا في السبعينيات من القرن المنصرم نرى هذه الدول التي تم ذكرها أعلاه، بدأت تشجع اللجوء إلى هذه الوسائل وأخذ الاهتمام بتزايد شيوعها واللجوء إليها وتوفير الجو المناسب لانتشارها، فمثلا بدأت الوساطة تأخذ حيزا واسعا في حل الخلافات التجارية، والتقارير أو الدراسات التي قدمت في هذا المجال خلصت إلى أنه على المحاكم أن تدفع وتشجع باتجاه الحل ما قبل المحكمة وذلك باعتماد هذه الوسائل. وهو ما تبنته الجزائر أيضا في تعديل قانونها للإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008[3].

---

[1] J. EL-Hakim. Op.cit. p350.

[2] أنظر علاء أبريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 60.

[3] القانون رقم: 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في فيفري 2008 والساري اعتبارا من تاريخ: 2009/04/25.

بعد أن بينا تعريف هذه الوسائل والتسميات التي أطلقت عليها وأوضحنا نشأتها ومراحل تطورها عبر الزمن وأسباب انتشارها وشيوع تداولها في يومنا هذا لابد من تبيان أنواع وتعداد هذه الوسائل الودية وهذا ما سنعالجه لاحقا.

المبحث الثالـــث:

أنواع الوسائل الودية لحل المنازعات في الاستثمارات الأجنبية

إن كانت الوسائل الودية لحل المنازعات الاستثمارية ترجع في اعتمادها أصلا إلى إرادية وحرية الأطراف المتعاقدة قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم فإن أغلب الحالات في إصدارها كنتيجة الحل في شكل توصيات أو الفشل في الوصول إلى تلك النتيجة المرجوة فإن تلك المحاولة الودية كما ورد في التعاريف المختلفة قد يعتمد إجراءها على تدخل الغير الخارج عن أطراف النزاع أو تباشر دون ذلك التدخل، مباشرة باختصاص الأطراف المتنازعة وهو ما سنأتي على توضيحه في الفروع التالية:

المطلب الأول:

الوسائل التي تقتصر على الأطراف:

إن الوسائل التي تقتصر على الأطراف في مباشرة حل النزاع تتحدد في إجراءين وهما التشاور والتفاوض.

الفرع الأول: التشاور:

إن التشاور قد يقوم تلقائيا بناء على اقتراح من الغير، أو من أحد أطراف النزاع قد يستمد مرجعيته في بعض الحالات من النصوص، الاتفاقيات الثنائية، أو العقود الاستثمارية ذاتها التي تتضمنه. إذ ينعقد اللقاء التشاوري في جو دبلوماسي عادي دون إتباع إجراءات شكلية وبعيدا عن الإشراف عليه من أية جهة أخرى بقصد الوصول إلى اتفاق ينهي النزاع أو على الأقل، إذ لم يفلح في ذلك، يتوصل إلى تحديد معالمه وإزالة العقبات تمهيدا لعرضه على الحل بوسيلة أخرى سواء كانت ودية أو قضائية أو تحكيمية وقد يكون التشاور قائما تحت مضلة الرعاية والإشراف من جهة أخرى قد تكون منظمة دولية تتوصل من إجراء التشاور إلى الظفر بحل النزاع مباشرة وفي هذه الحالة يكون غير ملزم لطرفي النزاع.

وفي هذا السياق قد استحدث هذا الإجراء الودي في تسوية المنازعات الاستثمارية عند إنشاء منظمة التجارة العالمية[1]، إحداث جهاز تقوم بالإشراف عليه هيئة حل المنازعات التي جاءت اتفاقيات الجولة الثامنة بالأورغواي 1994 التي نصت على أنها تدير القواعد والإجراءات بأحكام تسوية منازعات وإلى جانب إشرافه على المشاورات كما أنه يتمتع بسلطة إنشاء فرق تحكيم واعتماد تقارير جهاز الاستئناف ومراقبة تنفيذ القرارات والتوصيات. كما يقوم بإخطار المجالس واللجان المتخصصة بالمنظمة لتطورات أي من المنازعات التي تتصل بالاتفاقيات المشمولة.

لقد نصت المادة الرابعة 04 من مذكرة التفاهم على تعزيز وتحسين فعاليات إجراءات التشاور والنظر بعين العطف إلى أية طلبات يقدمها طرف آخر[2]، فيما يتعلق بإجراءات متخذة ضده بشأن تطبيق أي اتفاق مشمول. ويتحقق التشاور إذا قدم أحد الأعضاء طلب المشاورات يجب على العضو الذي يقدم إليه الطلب أن يجيب عليه في خلال 10 أيام من تاريخ تسلمه، وأن تتم المشاورات خلال فترة لا تتجاوز 30 يوما من تسلمه الطلب بهدف الوصول إلى حل مرضي للطرفين.

فإن لم يرسل العضو الرد خلال عشرة أيام من تسلم الطلب أو لم يدخل في المشاورات خلال فترة ثلاثين يوما حق للعضو الذي طلب عقد المشاورات أن يطلب إنشاء فريق التحكيم.

وتقدم طلبات عقد المشاورات كتابة وتدرج فيها الأسباب وأن تحدد فيها الإجراءات المعترض عليها مع ذكر الأساس القانوني للشكوى وعلى العضو طالب المشاورات أن يخطر هيئة تسوية المنازعات والمجالس واللجان ذات الصلة بطلبه المشاورات.

---

[1] أنشأت المنظمة العالمية للتجارة في: 1995/01/01. بناء على مفاوضات الجولة الثامنة بالأورغواي في: 1994 بحضور 108 دولة وقد تم التوقيع على اتفاقيتها في مراكش في أفريل سنة 1994 تتكون من المجلس الوزاري وعدم مجالس تقنية إلى جانب الهيئة وعدة لجان متخصصة وهي مؤسسة نظامية دائمة ذات إطار قانوني ثابت وسكرتارية.

[2] بحكم أن منظمة التجارة العالمية تظم في عضويتها الدول الأعضاء فإن تحريك دعوى المنازعات أو عقد المشاورات من حكومة دولة عضو ضد حكومة دولة عضو آخر، فلا يمنع ذلك أن أساس الضرر وانتهاك الاتفاقيات تكون قد ترجع على شركة أو مجموعة شركات خاصة وهو ما يراه الدكتور محسن أحمد هلال أن " من بين أهم التحديات التي تفرضها اتفاقيات منظمة التجارة العالمية هو التنسيق بين الأجهزة الحكومية وتجمعات رجال الأعمال، وذلك حتى يمكن الاستفادة من الفرص المتاحة لتلك الاتفاقيات من ناحية والدفاع عن الحقوق التي تحميها الاتفاقيات من ناحية أخرى، ويتعدى ذلك إلى أن تطبيق الالتزامات يحتاج أيضا إلى ذلك التنسيق الدائم المستمر بين الأجهزة الحكومية وهيئات ومؤسسات القطاع الخاص". محاضرة بعنوان: تسوية المنازعات التجارية في إطار منظمة التجارة العالمية، ندوة التحكيم التجاري الدولي في الدوحة بقطر بتاريخ: 1997/09/20.

وتكون المشاورات سرية وينبغي أن لا تخل بحقوق أي عضو في أية إجراءات لاحقة ويجب على الأعضاء أن تسعى خلال سير المشاورات إلى تسوية مرضية للمسألة قبل اللجوء إلى أي إجراء آخر ينص عليه هذا التفاهم.

وفي حالة فشل المشاورات في تسوية النزاع خلال ستين يوما بعد تسلم طلب التشاور جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق تحكيم، ويجوز له أن يطلب إنشاء فريق التحكيم قبل انقضاء هذه المدة إذا ما اعتبر الطرفان المتشاوران أن المشاورات قد أخفقت في تسوية النزاع ويجوز للأعضاء في الحالات المستعجلة أن تدخل في مشاورات في غضون ما لا يزيد عن عشرة أيام من تاريخ تسلم طلب التشاور وإذا أخفقت المشاورات في حل النزاع خلال فترة عشرين يوما بعد تسلم الطلب، جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق تحكيم.

كما يجوز التدخل في المشاورات لأحد الأعضاء المتشاورين بإخطارهم وإخطار جهاز تسوية المنازعات برغبته في الانضمام إلى المشاورات إذا كانت له مصالح تجارية جوهرية في المشاورات المعقودة وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ تقديم طلب عقد المشاورات وينضم طالب التدخل إلى المشاورات إذا وافق العضو الذي وجه إليه طلب إجراء المشاورات وفي هذه الحالة يتم إخطار الطرفان والجهاز بذلك، وفي حالة رفض طلب الانضمام للمشاورات يصبح العضو طالب التدخل حرا في تقديم طلب عقد مشاورات منفصلة.

هذا وقد أظهرت الممارسة العملية أن هناك العديد من النزاعات التي تم حسمها في مرحلة التشاور وحتى بالنسبة للنزاعات التي فشل الأعضاء في تسويتها بطريق التشاور فإنه رغم ذلك أثر في تبادل المعلومات التي قد تؤدي أحيانا إلى حصر النزاع بالمسائل الخلافية الهامة والجدية وإلى سهولة عرض النزاع أمام فريق التحكيم، الأمر الذي يكون له أثر واضح وإيجابي في الإسراع بتسوية النزاع.

الفرع الثاني: المفاوضات Négociation:

المفاوضات هي وسيلة من الحلول البديلة التي تعتبر اتصال أولي بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له بغية التوصل إلى تسوية النزاع ويمكن تعريفها بأنها وسيلة

للتداول تهدف إلى إنشاء أو تعديل أو إنهاء علاقة، وتشكل المفاوضات ركنا أساسيا من الحلول البديلة في مرحلة ما قبل الوساطة، وتعد عملية التفاوض معقدة لما تحتوي عليه من محاورة ومراوغة وإصرار ومثابرة، وظهرت عملية التفاوض منذ وقت بعيد على شكل مساومة حيث يسعى كل طرف إلى تحقيق أقصى منفعة من الصفقة المتفاوض عليها مقابل أدنى مقابل. ومع مرور الوقت لم تعد المسألة مجرد مساومة تحكمها اجتهادات شخصية وإنما أصبحت علم له قواعد وأصول أفردت لشرحها كتابات متخصصة، حيث أن مطالب كل المتفاوضين يحاول الوصول على أكبر قدر من المزايا والتخلص من أكبر قدر ممكن من الالتزامات وتلعب تلك المفاوضات دورا مزدوجا فلها دور وقائي يتمثل في منع تطور النزاع ودور علاجي يتمثل في تخفيف حدة التوتر بين الطرفين نتيجة لتضييق شقة الخلاف بينهما ولتسويته. وتمتاز تلك المفاوضات بأنها لا تتقيد بأي نوع من الشكليات أو القواعد الموضوعية بل تقتصر على مجرد تعيين المكان والزمان والمواضيع التي تحتاج حوار ونقاش جدي.

وتتم في صورة شفوية أو في صورة كتابية، ويترتب على الدخول في مرحلة التفاوض التزامات على كل من الطرفين وآثار معينة.

فمتى دخل الطرفان في مرحلة التفاوض قد تنشأ حالة واقعية يترتب عليها التزامات على كل من الطرفين وتتفرع جميعها عن مبدأ حسن النية في المعاملات وتتمثل تلك الالتزامات في الالتزام بالاستمرار في التفاوض والالتزام بالإعلام.

أولا: يتمثل الالتزام بالاستمرار في التفاوض التزاما بالقيام بعمل وليس التزاما بتحقيق نتيجة فهذا الالتزام لا يعني التزاما بالتوصل إلى اتفاق[1].

ويعتبر هذا الالتزام نتيجة مترتبة على أن كل طرف يدخل في هذه المفاوضات وهو راغب في حل النزاع وهو ما يعطي الطرف الآخر الثقة والطمأنينة بأن يتفاوض معه جاد في ذلك[2].

[1] **أنظر د. أحمد أبو الوفا**: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية 2001، ص 639.

[2] **أنظر د. إبراهيم دسوقي**: الجوانب القانونية في إدارة المنازعات وإبرام العقود، الإدارة العامة للبحوث، المجلة العربية السعودية، سنة 1995 ص 92.

ثانيا: الالتزام بالإعلام:

وهو نتيجة منطقية لمبدأ حسن النية في المعاملات الذي يوجب على كل طرف أن يطلع الطرف الآخر على كافة الظروف التي تحيط بالنزاع، وهو ما قررته غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث قضت في حكمها الصادر في سنة 1981 على عدم إمكان تمسك العاقد بعدم جواز التحكيم بحجة أن هذا الشرط يصدر به مرسوم حكومي مدام المتفاوض قد نكل عن إعلام الطرف الآخر بهذا الشرط[1].

أما الأثر المترتب على المفاوضات يكون دائما متمثلا في أمرين لا ثالث لهما. فإما أن يتوصل الطرفان إلى حل النزاع وبالتالي فلا حاجة للجوء إلى القضاء أو التحكيم، ولكن يجب في هذه الحالة. إثبات هذا الحل في محرر مكتوب وذلك منعا من تجدد المنازعة مستقبلا، وإما أن يفشل المتفاوضون في التوصل لحل النزاع، وفي هذه الحالة يحق لهم اللجوء إلى الوسائل الأخرى لحله عن طريق التوفيق أو التحكيم أو القضاء وقد نصت الاتفاقية المنشأة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أنه يتعين إتمام المفاوضات خلال ستة أشهر وهو نص مستحدث لم تتضمنه كثير من اتفاقيات الاستثمارات.

لقد شهدت العلاقات التعاقدية في مجال الامتيازات البترولية منذ مطلع النصف الثاني من القرن الماضي تغيرا كبيرا أسهمت في إحداثه المفاوضات المكلفة التي جرت بين أطراف هذه العلاقات سواء في إطار منظمة الأوبيك أو خارجها، ولعل أهم هذه الاتفاقيات التي انتهت إليها هذه المفاوضات قد تم بنهاية الخمسينيات بشأن المشاركة في الأرباح أو ما يعرف بمبدأ مناصفة الأرباح[2]. وما تبلور في الستينيات من علائق متبادلة تجلت في مبدأ (تنفيق الأتاوة) وتقنين الإنتاج[3]، كما نشطت المفاوضات في العقد السابع من القرن الماضي وأسفرت عن العديد من الاتفاقيات بين الدول المنتجة والعديد من الشركات العاملة في إقليمها وأسهمت هذه الاتفاقيات في تعاظم عائدات الدول الأطراف ومن هذه

---

[1] أشار د. محمد حسام لطفي: المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، طبعة 1999، ص 21.

[2] راجع على سبيل المثال: الاتفاقيات التالية: السعودية وشركة أرامكو سنة 1933 المادة 33، - السعودية والشركة اليابانية سنة 1957 المادة 55، - مصر وشركة فيليبس 1963 المادة 45.

[3] يقصد بتقنين الإنتاج أو تنظيم معدلاته: وضع برنامج يوضح الحدين الأدنى والأقصى من الإنتاج الذي تلتزم به الدول المضيفة والشركات العاملة بإقليمها.

الاتفاقيات، اتفاقيتا طهران وطرابلس حول الأسعار المعلنة واتفاقيتا أسعار شرقي المتوسط واتفاقية جينيف حول التعديلات التقنية، والاتفاقيات الخاصة بالمشاركة في استثمارات الامتيازات القائمة[1].

أما بالنسبة للجزائر فإن اتفاقيات المشاركة الأولية التي أبرمتها خلال الستينيات لم تتبنى فيها أسلوب التفاوض في حل النزاعات وإنما لجأت إلى وسيلة المصالحة قبل اللجوء إلى التحكيم كما ورد في المادة 159 من الاتفاقية المبرمة مع الحكومة الفرنسية بتاريخ: 1965/07/29. وفي المادة 17 فقرة2 من الاتفاقية المبرمة بين شركة **سوناطراك** وشركة **جي تي** الأمريكية في 1968. إلى أن جاءت الاتفاقيات المنظمة للإطار القانوني للتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر ومجموعة الدول منها أمريكا وبلجيكا والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي وإيطاليا وفرنسا ورومانيا وإسبانيا ثم قطر ومالي في الفترة من سنة 1990 – 1994 بعد إجراء الإصلاحات الاقتصادية وتبني نظام التحكيم التجاري الدولي بتشريعها الوطني.

فقد تضمنت هذه الاتفاقيات أسلوب التفاوض في حل المنازعات بين الدول المتعاقدة فيما يخص تفسير أو تطبيق الاتفاقية المبرمة بين الطرفين، أو التفاوض بين إحدى الدول المتعاقدة وأحد مستثمري الدولة الأخرى المتعاقدة بالإشارة إلى هذا الإجراء سواء بصريح العبارة. التفاوض، أو التراضي، أو الاستشارة والطرق الدبلوماسية مع العلم أن مصطلح التراضي قد ينجلي أيضا على الطرق الودية والبديلة عن التحكيم أو القضاء.

فبالنسبة للتفاوض بين الطرفين المتعاقدين حول تفسير أو تطبيق الاتفاق قد تضمنه كل من الاتفاق المبرم بين الجزائر وكل من أمريكا وإيطاليا ورومانيا وإسبانيا على أنه بالتراضي خلال مدة ثلاثة أشهر بالنسبة لأمريكا وبمدة ستة أشهر بالنسبة لبقية الدول بعد الإشعار الكتابي للخلاف، وفي خالة الفشل أو عدم التوصل إلى الحل، يحال النزاع مباشرة إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات أو إلى التحكيم على غرار النظام النموذجي للأمم المتحدة أو إلى تحكيم خاص.

[1] اتفاقية أبرمت بين أبو ظبي، السعودية، قطر، الكويت، بناء على مفاوضات أنجزت بقيادة الشيخ زكي يمني وزير البترول السعودي مع 16 شركة غربية وقعت بمدينة الرياض في: 1972/12/20. تضمنت 12 مادة و05 ملاحق تناولت جميع جوانب المشاركة في الامتيازات القائمة في رأس المال وإدارة ومراقبة الشركات المختلطة. أنظر عبد الرحمن منيف: مبدأ المشاركة وتأميم البترول العرب، دار العولمة، بيروت، 1973.

أما بالنسبة للتفاوض بين الدولة المتعاقدة ومستثمر إحدى الدول الأخرى المتعاقدة فإن الخلاف يحل بالتفاوض خلال مدة ستة أشهر من تاريخ الإخطار بالنزاع كتابيا وفي حالة عدم التوصل إلى حله فإنه على الطرف المعني بتبني النزاع الاختيار بين اللجوء إلى القضاء الوطني المختص للدولة المقام الاستثمار على إقليمها أو اللجوء إلى محكمة تحكيم مؤسستي أو إلى تحكيم خاص.

وتطبيقا وتماشيا مع هذه التشريعات فقد أبرمت الوكالة الوطنية للاستثمارات اتفاقا مع الشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.L.) إذ نصت المادة 13 منه على أن يعبر الطرفان عن نيتهما لتسوية كل الخلافات دون استثناء التي قد تنشأ فيما بينهما والتي لها علاقة بالاتفاقية الحالية وذلك بكل روح موضوعية وودية، وفي حالة فشل التفاوض يحل الخلاف ويفصل فيه نهائيا من المركز الدولي لتسوية النزاعات الخاصة بالاستثمارات.
كذلك تطبيقا لقاعدة إجراء التفاوض في المنازعات الاستثمارية تم إبرام اتفاق في 2005/07/25 بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة "**حامة ووتر ديالنغ**" H.W.D.، قد نصت أيضا في المادة 18 منها على أن يبذل الأطراف ما في وسعهم لتسوية كل الخلافات التي قد تنشأ فيما بينهما والتي تنجر عن هذه الاتفاقية أو لما لها علاقة بها وذلك في إطار محادثات تجري في ظرف 15 يوما من تاريخ استلام التبليغ بالخلاف من قبل الطرف المرسل إليه وفي فترة لا تتجاوز شهرين من استلام التبليغ بالخلاف، وتضيف الفقرة الثانية من المادة على أنه في حالة استمرار الخلاف يفصل فيه المركز الدولي لسوية المنازعات الاستثمارية وفي حالة تصريح هذا الأخير بعدم اختصاصه يعرض النزاع على التحكيم.

كما تضمنت المادة 19 من الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة "**أواسيس سكيكدة**" على اللجوء إلى التفاوض بنفس الإجراءات المذكورة سلفا قبل اللجوء إلى التحكيم، كما نصت الاتفاقية المبرمة بتاريخ: 2006/02/15 بين الوكالة الوطنية للاستثمار **"وكهرماء"** قد تضمنت المادة 14 منها على القيام بنفس الإجراءات السابقة في التفاوض بين الطرفين وبذات المدة الزمنية إلا أنه في حالة فشل التفاوض ونظرا لحيازة

شركة "**كهرماء** " 95% من أسهم المشاركة فقد نصت المادة 18 فقرة2 على أن النزاع تفصل فيه المحاكم الجزائرية نهائيا[1].

الملاحظ من خلال استعراض هاتين الوسيلتين (المشاورات والتفاوض) التي تعتمد فقط على أطراف النزاع فإن التفاوض يختلف عن التشاور المنظم في نظام المنظمة العالمية للتجارة، إذ أن عملية التفاوض لا تكاد تكون محفوفة بالشكليات إلا ما تعلق منها بقيد مدة التفاوض ووجوب التبليغ للطرف المقابل بوجود النزاع مع تحديد موضوعه والاتفاق على محل إجراء التفاوض، بينما إجراء التشاور إن كان يتميز بهذه الشكليات البسيطة فإنه يقيد بشروط أخرى يستوجبها نظام المنظمة العالمية للتجارة بوجوب إخطار أجهزة المنظمة وخاصة هيئة فض النزاعات بطلب التشاور وعند انتهائه إخطار ذات الجهاز بالنتيجة، كما قيد التشاور بإجرائه تحت مظلة إحدى غرف المنظمة مثل جينيف، وتلك قيود لا تظهر في التفاوض. إلا أن هذه الوسائل الودية عند مقارنتها بالتحكيم والقضاء تتميز على أن نفاذها يكون قصير المدى كما أن تكاليفها تكون قليلة جدا عند الموازنة بينهما كما يعاب عليها أنها نادرة الخصوبة في إنجاب نسبة كبيرة من حل المنازعات المعروضة عليها، وإن توصلت إلى ذلك فإنها غير فعالة حيث أنها لا تنتهي بقرار ملزم وفي حالة فشلها فسيعود النزاع إلى نقطة البداية مع خسارة الوقت والمال.

المطلب الثاني:

الوسائل التي تتضمن تدخل الغير الذي لا يملك حسم النزاع:

سبق لنا في معالجة الوسائل الودية التي تعتمد على الأطراف لحل النزاع والمتمثلة في التشاور أو التفاوض إلا أنها تخضع لإرادة الأطراف بحيث تفرغ في عقد الاستثمار كبند إجرائي في حل النزاع عند نشوبه لابد من اجتيازه للمرور في حالة فشله إلى التحكيم أو القضاء إلا أن الوسائل التي تعتمد في حل النزاع وديا تعتمد على تدخل الغير كالمصالحة أو (التوفيق) أو الوساطة والمساعي الحميدة فهي بدورها أيضا تتأصل إلى حرية وإرادة الأطراف في العلاقة الاستثمارية قد حتمتها عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وهي بدورها تتأصل أيضا في مرجعيتها إلى

---

[1] مجموع الاتفاقيات الاستثمارية في مجال الطاقة أبرمت بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وشركات مشتركة، أنشرت في الجريدة الرسمية العدد07 بتاريخ: 2007/01/28.

التشريعات الوطنية أو الثنائية أو المتعددة الأطراف. إلا أن هذه الأخيرة لا تلزم الأطراف بوجوب اللجوء إليها قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء[1]، بل يترك الخيار في اتباعها لأطراف النزاع، وهي بدورها تنقسم إلى وسائل:

أولا: اختيارية، أو ثانيا: مؤسساتية تجري تحت مظلة مؤسسة لفض النزاع، كنظام المركز الدولي المذكور أو الغرفة التجارية الدولية بباريس الساري منذ 1998، أو مركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وإن كانت هذه الوسائل الودية التي تعتمد على تدخل الغير تتميز كما أسلفنا بالحرية في اختيار اللجوء التلقائي إلى إتباعها فإنها قد تكون قضائية في حالة اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى القضاء الوطني لحل النزاع وهو ما يضفي عليها طابع الرسمية وإلزامية التنفيذ في حالة توصلها إلى الحل ومن هذا التمهيد والتحديد نتطرق إلى تبيان أنواعها في التشريعات المقارنة.

الفرع الأول:
التوفيق أو المصالحة:

يعرف التوفيق أو الصلح أو المصالحة، بأنه " أسلوب أو إجراء يرمي إلى التقريب بين وجهات النظر المتعارضة بقصد الوصول إلى حل وسط بين الطرفين وذلك عن طريق طرف ثالث يتميز بالحياد والاستقلال[2].

وقد عرفته المادة 459 من القانون المدني الجزائري " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "[3]، وبذلك فإن المصالحة أو التوفيق يستهدف الجمع بين طرفي النزاع عن طريق موفق قد يكون فردا - أو هيئة مشكلة - محايدا يقوم بعرض اقتراحات على كل من الطرفين، ذلك بهدف الوصول إلى تسوية ودية للنزاع فهو على عكس المحكم أو القاضي لا يفصل في النزاع وبذلك فإن المصالحة تعتبر في غالب الأحيان مجرد عملية أكثر منها خصومة سواء كانت غير قضائية أو مؤسساتية.

[1] اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية كالمواد بين: 28 إلى 35.
[2] محمد حسام لطفي: المرجع السابق ص 21.
[3] كما أشارت إليه المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم: 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمار في الجزائر.

وإذا ما لجأ طرفا النزاع إلى حله عن طريق المصالحة ، فإن الاتفاق على ذلك يجب أن يتضمن وصفا للنزاع ولمتطلبات الأطراف علاوة على تضمينه اسم المصلح الذي اختاره الأطراف وتحديد الأتعاب المقررة له، كما يجوز لهما أن يضيفا في عقدهما مجموعة من قواعد المصالحة تكون من إعداد منظمة دولية.

ويسير الموفق في أداء مهمته بإبداء المقترحات الكفيلة بالوصول إلى حل يرتضيه الأطراف ويجب على الطرفين تزويد المصالح بالبيانات والوثائق التي تساعده في أداء هذه المهام، ويقدم تقريرا بنتائج مهمته يتضمن تحديدا لأوجه الخلاف ومقدمات بشأن تسويتها للطرفين[1].

وقد اقتضت بعض التشريعات ضرورة اللجوء إلى المصالحة قبل اللجوء إلى التقاضي بالتحكيم ومثال ذلك ما تضمنته المادتين: 159، 170 من اتفاقية الشراكة بين الجزائر وفرنسا المبرمة في: 1965/07/29. والمادتين 17، 18، من اتفاقية "**جي تي** " الأمريكية وشركة **سوناطراك** التي اجتمعت على تحديد آجال شهرين لإجراء المصالحة، وفي حالة فشلها أو عدم التبليغ بقبول نتائج لجنة المصالحة يحال النزاع إلى التحكيم.

فإن كان هذا النوع من المصالحة أو التوفيق يعتبر تلقائيا ويكون أطراف الاستثمار أحرارا في اللجوء إليه فإن هناك نوعين:

النوع الأول: المصالحة أو التوفيق المنظم والمعروف بالمؤسسة الذي تنظمه إحدى المراكز أو المؤسسات الدولية المتخصصة في التحكيم.

النوع الثاني: المصالحة القضائية التي تتم تحت إشراف القضاء الوطني للبلد المضيف للاستثمار.

أولا: المصالحة المنظمة أمام هيئة دولية:

أبرز مثال على المصالحة المنظمة نص عليها نظام المصالحة لغرفة التجارة الدولية بباريس الساري منذ 1998، وهو يشبه إلى حد كبير نظام المصالحة الذي اعتمدته اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول

[1] **أنظر د. عاطف إبرازليم محمد**: ضمانات الاستثمار في البلدان العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار 1998 ص 257.

الأخرى الصادرة في: 1965 في الفصل الثالث منها بالمواد من: 28 إلى 35 في الأحكام المتعلقة بالتوفيق وقد قسم هذا الفصل إلى ثلاثة أقسام. اختص الأول بطلب المصالحة، وتناول الثاني تشكيل لجنة المصالحة، أما الثالث قد عالج إجراءات المصالحة أو التوفيق.

وتتلخص أحكام المصالحة كما تضمنتها الاتفاقية في أنه إذا رغبت دولة متعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة في الشروع بإجراء المصالحة. أن تتقدم بطلب كتابي للأمين العام يتضمن كافة البيانات المتعلقة بموضوع النزاع وأسماء الأطراف وقبولهم للتوفيق أو المصالحة. ويقوم الأمين العام بتسجيل الطلب، إلا إذا رأى بالاستناد إلى البيانات الواردة في الطلب أن النزاع يتجاوز بصورة واضحة اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الذي أنشأته الاتفاقية كما يتعين عليه إبلاغ الأطراف بتسجيل هذا الطلب أو رفضه[1].

وتتشكل لجنة[2] من موفق واحد أو عدد فردي من موفقين يعينهم الأطراف بالاتفاق فيما بينهم[3]، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على عدد معين من الموفقين أو على طريقة تعيينهم، تتكون اللجنة من ثلاثة موفقين يعين كل طرف واحد منهم والثالث وهو الرئيس يعين بالاتفاق بين الأطراف[4].

وبالرغم من أن الاتفاقية منحت الأطراف قدرا كبيرا من الحرية في تشكيل لجنة المصالحة، بيد أنها أكدت على أن عدم الاتفاق حول هذا الموضوع أو عدم رغبة أي منهما في التعاون لن يؤدي إلى فشل الإجراءات. فإذا لم تتشكل اللجنة خلال تسعين يوما من إرسال الأمين العام الإعلان بتسجيل الطلب إلى الأطراف، أو في خلال مدة أخرى يتعين عليها الأطراف خلافا لذلك، يجب على رئيس المجلس الإداري – بناء على طلب أي طرف وبعد التشاور مع الأطراف بقدر الإمكان - أن يعين الموفق أو الموفقين الذين لم يتم تعيينهم. وتماشيا مع المرونة التي تتصف بها الاتفاقية يستطيع الأطراف أن يعينوا موفقين من خارج القوائم التي يحتفظ بها المركز بشرط أن يكونوا حائزين لنفس الصفات الواجب توافرها في من يعين في هذه القوائم.

---

[1] أنظر المادة 30 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المبرمة في سنة 1965.
[2] أنظر المادة 32 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المبرمة في سنة 1965.
[3] أنظر المادة 2/29 (أ) من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المبرمة في سنة 1965.
[4] أنظر المادة 2/29 (ب) من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المبرمة في سنة 1965.

وتفصل لجنة التوفيق في موضوع اختصاصها، فلها أن تفصل في الدفوع التي قد يثيرها أحد الأطراف استنادا إلى أن موضوع النزاع ليس من اختصاص مركز تسوية المنازعات أو لجنة التوفيق، وتقوم اللجنة بعرض توصياتها في شأن تسوية النزاع في أية مرحلة من مراحل الدعوى، ويجب على الأطراف أن تتعاون مع اللجنة كي تمكنها من القيام بأعمالها، كما يتعين عليها أن تتخذ توصيتها بعين الاعتبار. وفي حالة اتفاق الأطراف تضع اللجنة تقريرا توضح فيه أوجه النزاع كما تسجل فيه اتفاق الأطراف، بيد أنه إذا رأت اللجنة في أية مرحلة من مراحل الإجراءات بأنه لا سبيل لاتفاق الأطراف فإنها تنهي الدعوى، كما تقوم اللجنة أيضا بإنهاء الدعوى إذا تخلف أحد الأطراف أو امتنع عن المشاركة في الإجراءات[1]. وليس لأي من الأطراف أن يستعين بآراء خصمه أو تصريحاته، أو عروضه بالتسوية التي قدمها خلال التوفيق، أو تقرير اللجنة أو توصياتها في دعوى أخرى مقامة أمام محكمين أو أية هيئة أخرى ما لم يكن هناك اتفاق على اتخاذ هذه الإجراءات[2].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية لم تشترط ضرورة عرض النزاع على لجنة التوفيق قبل عرضه على محكمة التحكيم، فضلا عن أن تقرير لجنة التوفيق يعتبر بمثابة توصية غير ملزمة للأطراف المتنازعة، لهم إتباعها أو رفضها، بل يجوز للجنة أن تنهي الدعوى في أي وقت، سواء لتخلف أحد الأطراف عن المشاركة في الإجراءات، أو إذا رأت لا سبيل لاتفاقهم.

فمن الاتفاقيات الإقليمية قد تضمن ملحق الاتفاقية العربية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية في الدولة العربية. تنظيم إجراءات التوفيق المتفق عليه بين الأطراف المتنازعة في المادة 01 فقرة 01 على أنه " في حالة اتفاق المتنازعين على التوفيق يجب أن يتضمن الاتفاق وصفا للنزاع ولمطالبات الأطراف فيه واسم الموفق الذي اختاراه والأتعاب التي قرراها له، ويجوز للمتنازعين أن يطلبا من الأمين العام لجامعة الدول العربية اختيار من يتولى التوفيق بينهما، وتقوم الأمانة العامة للجامعة بتبليغ الموفق نسخة من اتفاق التوفيق ويطلب منه مباشرة مهمته.

[1] أنظر المادة 34 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المبرمة في سنة 1965.
[2] أنظر المادة 35 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات المبرمة في سنة 1965.

وفي إطار تحديدها لاختصاصات الموفق نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن " تقتصر مهمة الموفق على التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ويكون له إبداء المقترحات الكفيلة بحل يرتضيه الأطراف وعلى الأطراف تزويده بالبيانات والوثائق التي تساعده على النهوض بمهمته وعلى الموفق أن يقدم خلال ثلاثة أشهر من تبليغه من مهمة التوفيق تقريرا إلى المجلس يتضمن ترخيصا لأوجه الخلاف ومقترحاته بشأن تسويتها، وما يكون الأطراف قد قبلوه من حلول، ويجب تبليغ الأطراف بهذا التقرير خلال أسبوعين من تقديمه ولكل منهم إبداء الرأي فيه خلال أسبوعين من تاريخ التبليغ.

وقد بينت الفقرة الثالثة أن الاتفاقية بطريقة غير مباشرة على عدم إلزامية الحل الذي يتوصل إليه الموفق بالنسبة للأطراف إذ نصت على: " لا يكون تقرير الموفق أية حجية أمام القضاء فيما لو عرض عليه النزاع ". ومن هذا يفهم على أنه عند اللجوء إلى القضاء يكون تقرير الموفق قد فشل في قبول حله وبالتالي عدم إلزاميته للأطراف.

ثانيا: المصالحة القضائية في التشريع الجزائري:

إذا كان بحسب المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري مؤخرا تنص في باب الاختصاص النوعي للمحاكم، على تشكيل ما استحدث من الأقطاب المتخصصة تتشكل من هيئة قضائية تختص بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، فإن المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار بين الطرف الوطني سواء كان الحكومة أو إحدى مؤسساتها وبين المستثمر الأجنبي على الإقليم الوطني يؤول الاختصاص النوعي بنظرها إلى القطب المتخصص، استنادا إلى تحديد الاختصاص النوعي في نظر منازعات التجارة الدولية من جهة، ومن جهة أخرى استنادا إلى المصدر التشريعي الاستثماري الذي يحيل حل المنازعات في هذه الاستثمارات الأجنبية إلى اختصاص القضاء الوطني طبقا لما ورد في المادة 41 من قانون ترقية الاستثمار لسنة 1993. وكذا بعض الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين كل من الجزائر وإيطاليا أو فرنسا التي تنص على إمكانية عرض النزاع القائم بين إحدى الدول المتعاقدة ومواطني الدولة المتعاقدة الأخرى على القضاء الوطني للدولة التي يقوم الاستثمار على إقليمها، وكذا الاتفاقية المبرمة الوكالة الوطنية للاستثمار وشركة **"كهرماء"** المشتركة الموقعة بالجزائر في: 2006/02/15 التي نصت في مادتها 2/4. على أنه في حالة استمرار الخلاف بعد مرور شهرين من محاولة أو فشل التسوية

الودية فإن المحاكم الجزائرية تكون المختصة وتفصل فيه نهائيا. كما كانت أغلب تلك التشريعات الاستثمارية قد نصت في باب تسوية النزاعات بين الطرفين يكون ابتداء وخلال مدة ستة أشهر بالتراضي والروح الموضعية والودية، فإن صيغة التراضي تنجلي على إجراء المصالحة أو التوفيق وقد تكون تلقائيا قبل اللجوء إلى القضاء أو أثناء اللجوء إليه مادام أن مفهوم التراضي يعتبر من مشتملات الوسائل الودية كالمصالحة وغيرها قبل اللجوء إلى التحكيم أيضا أو يكون أثناء اللجوء إلى القضاء إذا ما تم اختياره من الطرفين في حل النزاع باقتراح من القضاء.

ففي عرض النزاع الاستثماري على القطب المتخصص[1] والمختص وفقا للقانون الجديد يمكن لهته المحكمة بموجب المادتين: (04، 990)[2] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن تسعى إلى عرض المصالحة بين الطرفين في جميع مراحل سير الدعوى وحتى بعد قفل باب المرافعة يمكن طلب إخراج الدعوى للجدول وتقديم عرض المصالحة بين الطرفين، وذلك بتدخل القاضي في تحديد المكان والوقت المناسبين لإجراء المصالحة ما لم يوجد نص في القانون يخالف ذلك، ويعين القاضي المختص بالخصومة، الشخص المصلح بين الطرفين وفقا للشروط والمواصفات التي تستوجب في المصلح الذي يقوم بتلقي البيانات من الطرفين المتنازعين ويحاول التقريب بين وجهات النظر المتباعدة، وذلك في جو من السرية التامة ثم يحرر محضرا، إما بالتوصل إلى نتيجة الحل أو الفشل في الوصول إلى ذلك المآل، وبعد تثبيت الصلح بمحضر يوقع عليه كل من الخصمين والقاضي وأمين الضبط فيصبح المحضر الموقع سندا تنفيذيا يجوز تنفيذه جبريا في جميع الأداءات المثبتة بموجبه.

---

[1] **الأقطاب المتخصصة**: هي أجهزة قضائية استحدثها المشرع في قانون الإجراءات الجديد وهي عبارة عن محاكم ابتدائية يمكن أن تتبعها فروع أمام جهة قضائية أخرى تختص بالفصل في نظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولي والإفلاس والتسوية القضائية، والمنازعات المتعلقة بالبنوك ومنازعات الملكية الفكرية، والمنازعات البحرية والنقل الجوي ومنازعات التأمينات، هذه الأنواع المذكورة من النزاعات على سبيل الحصر في المادة 32 تقع تحت طائلة منازعات عقود الاستثمار التي يمكن أن تكون أجنبية إذا ما تعلقت بالتجارة الدولية على الخصوص، ونظرا لأهميتها الاقتصادية وقيمتها المالية، أفردها المشرع بتشكيلة قضائية ثلاثية تختلف عن تشكيل القضاء العادي الذي يختص به قاض فرد، وتصدر أحكامها ابتدائيا يمكن الطعن فيها بالاستئناف أمام المجالس القضائي.

وقد استعيض بها عن ما كان قائما في القانون القديم المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 80/71 المؤرخ في: 1970/12/29 بما يسمى المحكمة المنعقدة بمقر المجلس المحددة في المادة 01 فقرة 02 والمادة 08 فقرة 18 التي كانت تختص ببعض المنازعات الواردة في اختصاص المحكمة القطب المتخصص.

[2] أنظر المادة 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني : الوساطة:

تعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الوسائل الودية في حل المنازعات، فهي المحرك والسبيل الأول لإيجاد حل توفيقي بين المتنازعين، فهي الوسيلة الأكثر شيوعا في حسم النزاعات التجارية لا سيما في العقود التجارية الدولية الكبيرة وتعرف الوساطة على أنها وسيلة للتواصل بهدف الوصول إلى اتفاق أي أنها آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في مفاوضات بين طرفين متخاصمين بحيث يعمل هذا المحايد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين ويسهل التواصل بينهما، وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحسم النزاع[1]. فإن مهمة الوسيط محدودة في محاولة التوفيق بين الأطراف أو بذل المجهود لتقديم حل يرضي الطرفين.

وقد بدأت الوساطة تأخذ حيزا واسعا في حسم مختلف أنواع النزاعات وباتت تبدو وكأنها الوجه أو الصورة للقضاء والعدالة الحديثة والفعالة. إذ تدل الإحصائيات على أن أربعة من أصل خمسة قضايا الوساطة الدولية تنتهي بالتسوية[2].

ويكون القرار من صنع أطراف الوساطة وليس من عمل شخص غريب حيث يقتصر دور الوسيط على تشجيع الأطراف على التسوية والمساعدة في تحديد النزاع وإزالة العقبات وتحري الخيارات ويبقى على الأطراف أن يتفقوا وأن يوافقوا على التسوية من ذاتهم وأن يصنعوا قرارهم بأنفسهم بدون أن يفرض عليهم حلا أو يصدر قرارا ملزما وهنا يكمن جوهر الخلاف بين الوساطة والتحكيم. فالمحكم يصدر قرارا نهائيا وملزما ويخضع المتنازعون لتنفيذه، في حين أن الوسيط لا يملك سلطة إصدار القرار، بل إن سلطته إن وجدت فهي سلطة أدبية وتتجسد في حث المتنازعين على قبول اقتراحاته وتوصياته التي تشكل مدخلا وسبيلا لحل النزاع القائم ومن هنا تظهر أهمية الوسيط وشخصيته التي يتوقف عليها نجاح أو فشل الوساطة، وهذا ما يصنف امتياز الوساطة على أنها وسيلة اختيارية وديمقراطية لأنها تستلزم حوارا مفتوحا على قدم المساواة،

---

[1] أنظر د. فنيش كمال: الطرق البديلة لحل النزاعات، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء 2 ، ص 572.
في هذا السياق يشرح **"فيليب فوشار"** هذا المعنى بقوله :
''La mission du médiateur se limite à tenté de concilier les parties, ou à s'efforcer de les amener a une solution mutuellement acceptable. la médiation est consensuelles de début a la fin.

[2] أنظر عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم الدولي الجزء 2 سنة 1998 دار المعارف بيروت، ص 25.

والقرار فيها ذاتي وهي مفيدة وعملية للمتنازعين الذين يريدون حلا سريعا للنزاع القائم بينهم.

كما أن من الخصائص التي تميز الوساطة عن التحكيم والقضاء، أنها غير مرتبطة بإجراءات المحاكمات والشكليات الطويلة والمعقدة. بل إنها وسيلة سهلة ومرنة من حيث التئامها في الزمان والمكان وتهدف للوصول إلى نتائج ودية ومنصفة للنزاع وترضي جميع الأطراف حيث يبقى أطراف النزاع على حالتهم الطبيعية من رضا واطمئنان ومن المحتمل جدا أن تستمر العلاقات بينهما وكأن شيئا لم يحدث وذلك بفضل الوسيط الذي يساعدهم على التركيز على مصالحهم المشتركة، بخلاف ما يحصل في النزاع القضائي، حيث أن معظم المرافعات أثناء سير الدعوى تكون قاسية ومتحدية عدا عما يحاوله وكيل كل طرف من الطرفين المتنازعين من توجيه الوقائع والمواضيع القانونية والإجرائية والأدلة لتأتي ضد مصلحة الطرف الخصم وذلك كله في غياب الطرفين المتنازعين.

أما في الوساطة ، فالأمر مختلف حيث يركز الأطراف جميعا بمساعدة الوسط على القضايا الجوهرية يحاولون معا إيجاد حلا عمليا لنزاعهم وبهذا تكون الوساطة قد قدمت حلا عمليا من شأنه تحقيق التسوية المنشودة من قبل الطرفين والمؤسسة على قناعتهما وإرادتهما المشتركة، فيكون الحل أكثر قبولا من تقرير أو بقرار طرف ثالث كالقضاء أو التحكيم.

يتبين مما تقدم أن الوساطة طريق سهلة ومجدية في حل النزاعات عن طريق شخص ثالث حيادي ونزيه يسهل المفاوضات بين المتنازعين، وهي وسيلة اختيارية ولا توجد فيها أية مخاطرة حيث بإمكان أي فريق من الأطراف المشتركين فيها الانسحاب منها وفي أي وقت يشاء. ومن خصائص الوساطة أنها تكفل قدرا من الخصوصية والسرية أثناء تسوية النزاع. فالوسيط يجب أن يحفظ قدرا من السرية بين الأطراف والحرص على عدم تسرب كل ما يتعلق بالنزاع، فشرط السرية يجب أن يذكر في اتفاق الوساطة، إذ يتعهد أطراف الاتفاق بأن يحافظوا على الوساطة وإجراءاتها في إطار من السرية والكتمان، ومن مميزات الوساطة أنها قليلة التكاليف ولا تستغرق وقتا طويلا أقصاه ستة أشهر، بينما الدعوى أمام القضاء أو التحكيم قد تصل إلى سنوات.

أنواع الوساطة:

تنقسم الوساطة بحسب تأصيل مصدرها إلى قسمين: الوساطة الاتفاقية، والوساطة القضائية.

الفقرة الأولى: الوساطة الاتفاقية:

قد يكون مصدرها المعاهدة الدولية، معاهدات محكمة التحكيم الدولية الدائمة "بلاهاي" المبرمة في سنتي 1918 و 1920، التي تعتبر أول تنظيم للوساطة. أو حديثا "اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار" التي نصت على اللجوء إليها قبل اللجوء إلى التحكيم[1]، كما قد يكون مصدرها التشريع الداخلي في الدول المضيفة للاستثمار كما هو الشأن في التشريع الأردني والمغربي[2]، وهو ما يخول للأطراف المتعاقدة في العقود الاستثمارية على تبني نظام الوساطة في حل منازعاتها فيما يتحدد من مجالاتها من علاقات مالية. وهذه الوساطة بحسب طبيعتها تنقسم إلى الوساطة الاستشارية والوساطة البسيطة ثم الوساطة التحكيمية.

فالوساطة البسيطة (Simple médiation): وهي تقترب من نظام المصالحة تتمثل في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات النظر للمتنازعين وهناك **الوساطة الاستشارية (Médiation consultation):** وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته أولا في موضوع النزاع، ثم يطلبون بعد ذلك التدخل كوسيط لحل النزاع. **وهناك الوساطة التحكيمية: Médiation arbitration:** وهي تظهر في شكل اتفاق أو بند تعاقدي ينص عليه في العقد يقضي على أنه في حالة نشوب النزاع يتم عرضه على الوسيط وفي حالة فشل الوساطة دون التوصل إلى حل يتحول الوسيط إلى محكم يقوم بمهمة التحكيم بين الطرفين المتنازعين.

[1] تنص المادة الثالثة من الاتفاقية المذكورة على أنه : " **إذا لم تؤد المفاوضات إلى اتفاق بين الأطراف في المنازعة جاز لهم محاولة تسويتها عن طريق الوساطة، ويكون اللجوء إلى الوساطة بالاتفاق بين الأطراف، فإذا تعذر إذا الاتفاق تعين اللجوء إلى التحكيم، يجوز للأطراف أن يطلبوا من الأمين العام لجامعة الدول العربية تعيين من يتولى الوساطة فيما بينهم** "

[2] قانون الوساطة لتسوية النزاعات الأردنية المؤقت رقم: 31 بتاريخ: 2003/04/30.
الظهير المغربي رقم: 01-07-169 المؤرخ في: 2007/11/30. المجلة الرسمية 5584 الصادرة في: 2007/12/06.

الفقرة الثانية: الوساطة القضائية: Médiation Judiciaire:

وهي التي تكون على أساس اقتراح من القاضي رئيس المحكمة كطابع متخصص المنظم في قانون الإجراءات المدنية الجزائري حينما يتعلق النزاع بالاستثمار الأجنبي ويتم اللجوء إليه في طلب حل النزاع عند رفع الدعوى القضائية العادية ويكون أطراف النزاع أحرارا لرفض أو لقبول الاقتراح، ففي الحالة الثانية يعين القاضي المكلف بملف النزاع وسيطا وتسير الوساطة تحت رقابة القاضي إلى اتفاق الأطراف الذي يضع حدا للنزاع إذ يكون محضر الاتفاق موقعا من قبل الأطراف والوسيط، مثبتا بموجب أمر القاضي، وفي هذا المنحى الإيجابي يكون الاتفاق غير قابل للطعن ويشكل سندا ذا قوة تنفيذية[1].

المبحث الرابع:

مصادر الوسائل الودية:

المطلب الأول:

التشريعات الحديثة:

لقد أصبحت الوسائل البديلة لحسم النزاعات الاستثمارية وعلى رأسها الوساطة جزء من الأنظمة القانونية الحديثة، فعلى سبيل المثال أنشأت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب النظام الفيدرالي للوساطة والمصالحة، وذلك عام 1947 وطبقت في العديد من ولاياتها، وباتت وسيلة فعالة يتم اللجوء إليها في كثير من المنازعات الاستثمارية وكذلك هو الحال في فرنسا حيث طبقت الوساطة والمصالحة بموجب قانون 125/95 لعام 1995 ونصت المادة: 21 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على ذلك. حيث يتم اللجوء إلى هذه الوسائل في المنازعات التجارية[2]، وفي بريطانيا ظهرت مؤخرا بدائل النظام القانوني، فقد برزت تعديلات هامة في هذا المجال وأهمها كان (التدخل في القضاء) (Access to justice) إذ بدأت المحاكم التجارية تحث المتنازعين على اللجوء لهذه الوسائل قبل اللجوء إلى القضاء والتحكيم، فبموجب النظام القانوني الإنجليزي لعام: 1996 أصبحت الوساطة تأخذ حيزا واسعا في حسم النزاعات التجارية. وفي بلجيكا فقد لاحظ قانون 1991 باللجوء إلى الوساطة خاصة في مجال النزاعات الناشئة بين

---

[1] أنظر المواد من: 994 – 1004 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر تحت رقم: 09/08 بتاريخ: 2008/02/25.

[2] **Jihad Akl, Caroline :** ‘’ sur la nécessité de pouvoir la conciliation et la médiation judiciaires en droit positive Libanais’’ AL adl N°02/2004 p 124

المصارف وعملائها وفي مجال البورصة والتأمين أيضا، حيث حدد القانون المذكور إجراءات وشروط اللجوء إلى الوساطة بهدف حسم المنازعات التي تحصل بين المتنازعين[1]، وكما تبين فإن هذه الوسائل بدأت تأخذ طريقها في العديد من التشريعات الحديثة لاسيما في الدول المتطورة إلا أنها لم تجد طريقها في العديد من دول العالم الثالث إلا مؤخرا. فالأنظمة القانونية في هذه الدول كانت قد اكتفت بالتحكيم كوسيلة بديلة ومنها لبنان، فقد نص القانون اللبناني على طرق حصرية لحسم النزاعات فحق المتنازعين باللجوء إلى القضاء مكرس بالدستور وفقا للمادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية التي أكدت ذلك. وقد حددت المادة 762 من القانون المذكور التحكيم كطريق آخر يمكن للمتنازعين اللجوء إليه لحسم النزاعات التجارية، ويتم حل النزاع بواسطة أشخاص ذوي خبرة وسمعة طيبة وبمشاركة المتنازعين أنفسهم وذلك عن طريق الوساطة والتوفيق حيث لا تتبع فيها إجراءات المحاكمات وإنما إجراءاتها مبسطة وسهلة لا تخضع إلى شكليات معقدة وتهدف إلى الوصول إلى حل يرضي المتنازعين وفي حال تعذر الوصول إلى حل يتم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم.

المطلب الثاني:
أنظمة التحكيم الدولية:

حرصت العديد من أنظمة التحكيم الدولية تبني هذه الوسائل ووضعت نظاما للتسوية الودية إلى جانب نظام التحكيم الذي تعتمده، أو جمعت في نظام واحد الإجراءات المطبقة على كل من التسوية الودية والتحكيم، فإذا تبنى المتنازعين النظام المذكور خضعوا لأحكامه [2]. فقد أخذت كل من المصالحة والتوفيق مكانا بارزا في العديد من مراكز التحكيم الدولية والإقليمية، فعلى سبيل المثال اهتمت غرفة التجارة الدولية بالتوفيق والمصالحة بصورة متوازية لاهتمامها بنظام التحكيم، وقد كانت قواعد الصلح والتوفيق تصدر عنها مجتمعة مع قواعد التحكيم بدءا من عام 1923. وفي عام 1988 وضعت نظام المصالحة الاختيارية، وكان لها بالغ الأثر في المنازعات الدولية خصوصا في نشر

---

[1] **J. El- hakim Op.cit P 352**

[2] **أمير حسين رزاكشا**: (نظرة إلى مجالس حل الخلافات). يتم اللجوء إلى هذه المجالس بصورة طوعية ومجانية وهي ملحقة بالقضاء وتهدف إلى إيجاد نوع من التوفيق والتصالح بين المتنازعين بغية تعزيز الثقة بينهم وتعميم روح التسامح وتجنب اللجوء إلى التحكيم والقضاء.

وتعميم التوفيق والمصالحة كوسيلة بديلة لحسم النزاعات وديا. وفي ظل التطور الهائل في عالم التجارة والأعمال كثرت وتنوعت المنازعات التجارية خصوصا الدولية منها، فعمدت غرفة التجارة الدولية إلى وضع قواعد مستقلة عن نظام المصالحة والتحكيم سميت بالقواعد البديلة لحل النزاعات (ADR Rules) وذلك بتاريخ: 2001/07/01 ويمكن للمتنازعين اللجوء إلى هذه القواعد والحلول في سبيل إيجاد آلية أو صيغة لإنهاء نزاعهم وديا قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، سواء كان النزاع محليا أو دوليا. كذلك تبنى المركز التجاري لحل النزاعات في أستراليا (ACDC)[1] هذه القواعد ووضع أحكام وإجراءات شبيهة بما هو عليه الحال في غرفة التجارية الدولية (ADR AA)[2] تشجع المتنازعين على اللجوء إليها قبل اللجوء إلى التحكيم وحل النزاع بطريقة ودية كسبا للوقت والنفقات وحرصا على استمرار علاقتهم التجارية وكذلك وضعت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) قواعد للتوفيق كان لها وقع في المنازعات الدولية وكان لها أثر في نشر التوفيق كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية.

وكذلك فعلت في اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، فوضعت وسائل لحسم المنازعات بطريقة ودية وذلك في المواد: (من 28 إلى 35) من هذه الاتفاقية.

أما على الصعيد العربي والإقليمي فقد تقدمت مصر على بقية الدول العربية في هذا المجال، حيث وضع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، قواعد للوساطة والتوفيق، وبدأ العمل بها منذ عام 1990 تحت عنوان مركز الوساطة والمصالحة، وأنشأ المركز كفرع من فروع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ليتولى إدارة الوساطة وغيرها من الوسائل البديلة الأخرى لحسم منازعات التجارة والاستثمار[3].

وكذلك وضعت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار مفاوضات الوساطة والتوفيق كوسيلة بديلة لحسم النزاع في المواد : (2، 3) من الاتفاقية المذكورة أعلاه، حيث يلجأ إليها المتنازعون قبل التحكيم.

[1] Australia commercial disputes center

[2] **ADR AA** : Alternative Disputes Resolution Association of Australia

[3] **محمد عبد المجيد إسماعيل**: عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها. ص 628.

وتبنت الهيئة الأمريكية للتحكيم (AAA) قواعد للوساطة (CAMCA)[1]. في عام 1996 حيث يلجأ إليها المتنازعون في حل خلافاتهم التجارية. أما الوساطة فقد أخذ بها كثيرا من مراكز التحكيم الدولية كمركز حل الخلافات في لندن (CEDR)[2]. وقد تبنى الكثير من مراكز التحكيم الدولية كوسيلة بديلة قبل التحكيم يلجأ إليها المتنازعون لحل خلافاتهم. ففي كندا تعتبر الوساطة هي الوسيلة البديلة التي تضاهى في حل الخلافات التجارية وتبنتها معظم المقاطعات، مثل مونتريال وكيبيك وتورينو، وغيرها من المقاطعات.

ففي مونتريال والتي تعتبر الرائدة في هذا المضمار، تبنت غرفة التجارة فيها الوساطة وأصبحت تدرس في جامعة مونتريال كما شاع استعمال الوساطة كوسيلة بديلة وتبنتها شركات خاصة مهمتها هو حل النزاعات التجارية والاستثمارية ويشرف على هذه الشركات أساتذة مرموقين ومحامين وحتى قدماء القضاة.

وفي دول شرق آسيا، كالصين واليابان وهونغ كونغ، تبنت مراكز التحكيم الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية.

وكذلك فقد تبنت المنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية (WIPO)[3]، الوساطة كوسيلة بديلة لحل الخلافات التجارية والاستثمارية ووضعت نظاما وأحكاما لها إذ بدأ العمل به الأول من أكتوبر لعام 1994. أما دول الاتحاد الأوربي فقد تقدت في عام 2004 بتوجيه اقتراح للبرلمان الأوربي يتعلق ببعض جوانب الوساطة في المواد المدنية والتجارية[4].

أما في الدول العربية وباستثناء مصر والبلدان المغاربية كما أشرنا سابقا، لم تأخذ بقية الدول العربية بهذه الوسائل البديلة لحسم النزاعات التجارية والاستثمارية فعلى سبيل

---

[1] Commercial Arbitration and Mediation center for the American.

[2] CEDR: Center for disputes resolution in London.

[3] WIPO : Word intellectual property organization.

[4] **نايلة قمير عبيد**: ورقة عمل حول مشروع القانون العربي الموحد للتوفيق والمصالحة – بيروت – في 2006/02/28 غير منشور.

المثال اعتمدت غرفة التجارة والصناعة في بيروت نظام المصالحة كوسيلة بديلة يمكن اللجوء إليها قبل التحكيم لحسم النزاعات.

المطلب الثالث:

الاتفاقيات الخاصة:

إلى جانب التشريعات الحديثة ومراكز التحكيم الدولية والمحلية التي تشكل المصدر الأساسي لقواعد حسم النزاعات التجارية لا سيما منها الوساطة والتوفيق هناك مصادر أخرى تنبثق منها قواعد من خلالها تحل المنازعات الجارية والاستثمارية في الاتفاقيات الخاصة التي لا تقل أهمية عن غيرها سيما من حيث انتشارها واستعمالها، فقد تلجأ الأطراف المتنازعة إلى إبرام اتفاق خاص بغية تسوية النزاعات التجارية والاستثمارية بينهما وديا دون اللجوء إلى مراكز الوسائل البديلة لحل النزاعات أو مؤسسات التحكيم أو إلى القضاء المحلي، فقد يلجأ الأطراف إلى إدراج بند في العقد الأساسي قبل نشوء نزاع يهدف إلى تسوية نزاعاتهم المستقبلية فيما إذا حصلت وذلك بواسطة خبير أو وسيط يتم الاتفاق على دوره ومهامه وتعيين أتعابه[1].

[1] J. EL hakim, Op cit p 353.

الفصل الثالث:

التسوية القضائية لمنازعات الاستثمارات الأجنبية

يتبين من خلال دراسة غالبية الاتفاقيات وعقود الاستثمار في البلدان النامية أنها قد فضلت الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية ما قد يثور من منازعات بين أطرافها مفضلة إياه على ما عداه من وسائل للتسوية المنازعات. إلا أن الأمر لا يقتصر على نظام التحكيم، فهناك من الوسائل المتاحة ما يمكنها أن تقدم حلولا فعالة لتسوية هذه المنازعات، وإن كانت هذه الوسائل صحيحة وجائزة قانونا إلا أنها لم تلق نصيبا وافرا من التطبيق العملي. فإلى جانب وجود الوسائل الودية غير القضائية، هناك ما هو قضائي وهذه الأخيرة تنقسم بدورها إلى وسائل داخلية وأخرى دولية تثير ممارستها العملية مشكلة ممارسة دولة الجنسية للحماية الدبلوماسية لصالح مواطنيها.

وعلى ضوء ذلك سوف نتعرض في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث تعالج الموضوعات التالية:

المبحث الأول: التسوية القضائية الداخلية للاستثمارات الأجنبية والصعوبات التي تثيرها.

المبحث الثاني: التسوية القضائية الدولية للاستثمارات الأجنبية.

المبحث الثالث: الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة وأموالهم.

المبحث الأول:

التسوية القضائية الداخلية للاستثمارات الأجنبية والصعوبات التي تثيرها.

يعتبر القضاء الوطني هو الجهة الأصلية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشب بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، حيث أن تلك النزاعات سوف تنشأ داخل الدولة المضيفة للاستثمار وهو ما يعطي بالتالي قضائها اختصاصا أصليا للفصل في تلك المنازعات وذلك في ظل غياب النظم والتشريعات للوسائل الأخرى المتفق عليها. وفي هذا السياق تتضمن كثير من التشريعات المتعلقة بالاستثمار النص على اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات العالقة به أو التي قد تنشأ عن تنفيذ الاستثمارات الأجنبية داخل إقليم الدولة المضيفة.

المطلب الأول:

تنظيم الاختصاص في التشريع الوطني والدولي:

خير مثال لتلك التشريعات هو قانون الاستثمار السوري رقم: 10 لسنة 1991 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم: 07 الصادر بتاريخ: 13 ماي 2000 الذي نص في المادة 26 منه على أن:

أ-/ تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفقا لأحكام هذا القانون بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمار وعائداته إلا إذا كان الغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، كما لا يجوز الحجز عليها إلا بقرار قضائي، وتسوى الخلافات في جميع هذه الحالات باللجوء إلى القضاء السوري المختص.

ب-/ تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية والأجنبية لمشاريعهم بأحكام هذا القانون وبين الجهات والمؤسسات العامة السورية وفق ما يلي:

- عن طريق الحل الودي وإذا يتوصل الطرفان إلى الحل الودي خلال فترة ستة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل أحد طرفي الخلاف، يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق الآتية: اللجوء إلى التحكيم - أو اللجوء إلى القضاء السوري - أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية المشكلة بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية بين الدول العربية لعام 1980

- أو أن تتم تسوية الخلاف وفق أحكام اتفاقية ضمان وحماية الاستثمار الموقعة بين الجمهورية العربية السورية والبلد المستثمر[1].

بل وذهبت بعض الدول إلى أكثر من ذلك وقررت أن القضاء الوطني هو الجهة الوحيدة التي تختص بنظر منازعات الاستثمار بين الشركات الأجنبية المستثمرة والدولة المضيفة ومنها قانون الاستثمار الكويتي رقم: 08 لسنة 2001، والخاص بتنظيم الاستثمار الأجنبي المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت والذي نص في مادته 16 من الفصل السادس على أنه: " تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أي كان ".

أما في الجزائر فقد نص المرسوم التشريعي فيما يتعلق بترقية الاستثمار[2] بالمادة 41 وقد تلقفه أيضا نصا وحرفا قانون الاستثمار الليبي بالنص على أنه: " يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية إما بفعل المستثمر الأجنبي، وإما نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح أو التحكيم، أو اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم. ولم يكتف التشريع الجزائري بالنص على هذا المبدأ في التشريع الخاص المتعلق بالاستثمار فحسب، بل قام بتجسيده أيضا في بعض الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها مع الدول الأوربية في إطار الحماية والترقية المتبادلة للاستثمار، إذ قد نصت على خضوع منازعات الاستثمار الأجنبي لاختصاص المحاكم الوطنية، حيث تضمن الاتفاق الإيطالي الجزائري الموقع في: 1991/05/18 في مادته 2/08 على هذا المبدأ حينما نصت على أنه: " إذا لم يسوى الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع إلى جهة التقاضي المختص... في الدولة المتعاقدة التي تم الاستثمار على إقليمها[3]..".

---

[1] **قانون استثمار الأموال السورية رقم:** 10 لسنة 1991 مع التعليمات المنفذة له والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم: 07 الصادر في: 13 ماي 2000. مؤسسة النوري ص 15.

وكذلك نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على اختصاص المحكمة القطب في حل منازعات التجارة الدولية

[2] **مرسوم تشريعي رقم:** 12/93 المؤرخ في: 1993/10/05 يتعلق بترقية الاستثمار الجريدة الرسمية رقم: 1993/64 وتضمنه أيضا الأمر رقم: 03/01 المؤرخ في: 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار. الجريدة الرسمية رقم: 47 لسنة 2001.

- قانون الاستثمار الليبي رقم: 05 لسنة 1997 الذي بدأ العمل به في 1997/05/29.

[3] **المرسوم الرئاسي رقم:** 346/91 المؤرخ في: 1991/10/05 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الحكومة الجزائرية والإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 1991/05/18، الجريدة الرسمية رقم: 1991/46.

كما أن النص على اختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذ أو تفسير عقود الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة لم يتوقف فقط على الأنظمة القانونية الداخلية فهناك بعض الصيغ الدولية ذات الطابع المتعدد الأطراف الدولية أو الإقليمية التي أكدت هي الأخرى على ذلك. فمن تلك الصيغ التي عالجت اختصاص القضاء الوطني بالمنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار نجد أن الجمعية للأمم المتحدة في: 1962/12/14 وفي قرارها رقم: 1803 الخاص بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية قد أكدت في الفقرة الرابعة منه على اختصاص القضاء الوطني الداخلي البت في كافة المنازعات التي يكون فيها التعويض المستحق عن التأميم محل خلاف بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي وأضافت أنه يمكن الرجوع إلى التحكيم والقضاء الدولي في حالة الاتفاق الصريح بين الأطراف المعنية على ذلك.

وكذلك أصدرت الجمعية العامة القرار رقم: 29/3281 الخاص بميثاق الحقوق الواجبات الاقتصادية للدول الأعضاء والذي نصت مادته 2/02 على أنه " عندما تثير مسألة التعويض خلافا، يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة وعن طريق محاكمها ما لم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على اتباع وسائل أخرى سلمية لحل هذه النزاعات يقوم على أساس المساواة في السيادة بين الدول وفقا للاختيار الحر للوسائل[1].

كما نص تقنين الاستثمار الأجنبي الذي وافقت عليه غالبية دول أمريكا اللاتينية في مدينة **"قرطاجنة** " إحدى مدن كولومبيا الذي نسب إليها ذلك الميثاق وقد تضمنت المادة 51 منه على أنه " في مجال اتفاقات الاستثمار أو نقل التقنية لن يكون هناك شروط من شأنها استبعاد المنازعات أو الخلافات المحتملة من الاختصاص القضائي للدولة المضيفة.

وقد نصت الاتفاقية الخاصة باستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية[2] على اختصاص القضاء الوطني في المادة 1/09 من الفصل الثاني المتعلق بمعاملة المستثمر العربي حينما يتخذ بشأن رأسمال عربي مستثمر في أية دولة عضو تدبير عام يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة على وجوب إتاحة فرصة الطعن للمستثمر العربي حول مدى مشروعية قرار نزع الملكية ومقدار التعويض أمام القضاء الوطني، كما نصت الفقرة 02

---

[1] راجع هذا القرار:

U.N. G.A résolution 321 (Mix) décembre 1974.

[2] المصادق عليها في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 306/95 الصادر في: 1995/10/07 الجريدة الرسمية رقم: 95/59.

على تمكين المستثمر العربي من اللجوء إلى الجهة القضائية الوطنية المختصة في طلب الأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية أو إجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة من جهة قضائية مختصة.

كما نصت المادة 27 من الاتفاقية على إمكانية لجوء المستثمر العربي إلى القضاء الوطني المختص إلى حين إنشاء محكمة الاستثمار العربية وذلك للفصل في النزاع عندما يتعلق بالحالات الآتية:

- عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق[1].
- عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المادة المحددة.
- عدم اتفاق الطرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير الموفق.
- عدم اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم.
- عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة لأي سبب من الأسباب.

وقد منعت الاتفاقية مسألة اللجوء إلى القضاء المزدوج في المادة 32 منها التي حددت بقولها على أنه: " للمستثمر العربي أن يلجأ إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الاستثمار وذلك في الأمور التي تدخل في اختصاص المحكمة[2]، على أنه إذا رفع المستثمر العربي الدعوى أمام إحدى الجهتين، امتنع عليه رفعها أمام الجهة الأخرى وفي هذا المنحى الذي رسمه النص نلاحظ أنه قد ترك الخيار والمفاضلة للمستثمر العربي في حالة نشوب نزاع بينه وبين الدولة العربية المضيفة له بطرحه إما أمام القضاء الوطني للبلد المضيف أو أمام محكمة الاستثمار العربية[3].

المطلب الثاني:

الصعوبات التي تثيرها التسوية القضائية الداخلية للاستثمارات الأجنبية:

إن التقاضي أمام المحاكم التي تقيمها الدولة إن كان مأمونا بسبب ما يحيط به من ضمانات تكفل سلامة العدالة التي يهدف إليها، إلا أن هناك ما يعيبه[4]، وهذا ما يجعل

---

[1] لقد حصرت المادة 25 من الاتفاقية وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيقها باللجوء إلى التوفيق أو التحكيم أو إلى محكمة الاستثمار العربية.

[2] محكمة الاستثمار العربية.

[3] تجدر الإشارة إلى أن هذه المحكمة لم يتم تجسيد نشأتها إلى حد الآن. وبالتالي يبقى القضاء الوطني هو الوحيد المختص.

[4] أنظر د. نريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة 1996، ص11.

المستثمر الأجنبي مترددا في مناسبة عرض نزاعه على القضاء الوطني ويفضل بدلا عنه اللجوء إلى التحكيم الدولي الذي يعتبره الوسيلة الأنسب، فهو يعتقد بأن الضمانات التي توفرها له الدول المضيفة لا تتمتع بالفاعلية إذا ظل أمر تقديرها عند المنازعة بين أيدي القضاء الوطني[1].

ومن حقيقة تلك الصعوبات التي تواجه المستثمر الأجنبي عند لجوئه إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة، أن النظم القانونية عرفت منذ فترات طويلة التفرقة بين الوطنين والأجانب من حيث المركز القانوني لكل منهم، حيث أن محاكم كل دولة تختص فقط بالمنازعات التي يكون رعاياها هم أطرافها فقط، ولكن تطور الوضع منذ القرن التاسع عشر نتيجة لتطور القواعد التي تحكم مركز الأجانب والذي أصبح فيه من حق الأجنبي اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة له. ولكن حتى مع هذا التطور فإن الأجنبي مازالت تواجهه بعض الصعوبات في اللجوء إلى القضاء الوطني والتي تتمثل في اختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع حيث أن أحدهما الدولة ذات السيادة والآخر شخص خاص أو شركة أجنبية وبالتالي فإن الدولة هي الوحيدة التي تعد من أشخاص القانون الدولي وفي ذلك التموقع تصعب المساواة بين هذين الطرفين المختلفي المراكز القانونية أمام المحاكم في الدولة المضيفة. الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى عدم حصول المستثمر على حق كامل، وهو ما يصعب معه طمأنة المستثمر الأجنبي على نتيجة دعواه، وربما يكون السبب في ذلك أن المستثمر الأجنبي يشعر دائما بالتحفظ تجاه التعويل على المحاكم والأجهزة القضائية في دولة أجنبية، لم يعتد أن يمثل أمامها وربما لجهله إجراءات التقاضي أمامها، أو لخشيته من إمكانية تأثر القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية السائدة في الدولة المضيفة. والتي غالبا ما تكون السبب المباشر أو غير المباشر في الإجراءات الحكومية المشكو منها أو خشية تحيز القاضي الوطني لمصلحة دولته. إضافة إلى أن القاضي غالبا ما يكون ملزما بتطبيق القانون الداخلي لدولته الذي قد يكون أساس الشكوى. علاوة على ذلك فإن القاضي الوطني قد يكون ممنوعا من التعرض والحكم في التصرفات الخاصة بالدولة أو ربما لا تتوفر فيه الكفاءة اللازمة للفصل في موضوعات فنية وقانونية معقدة تتضمنها قوانين الاستثمار، ومن جهة أخرى قد لا تتوفر في الدولة

---

[1] أنظر: د. عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993 ص 183.

المضيفة القوانين المنظمة للعلاقات الاستثمارية أضف إلى ذلك أنه ليس من المرغوب فيه أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار خصما وحكما في نفس الدعوى[1]. وآخر ما يواجه المستثمر الأجنبي من العقبات أمام القضاء الوطني هي تلك المتعلقة بالحصانة ضد التنفيذ التي تستفيد منها الدولة، وفي حال حصول هذا الأجنبي على حكم ضد الدولة المضيفة للاستثمار إذ أنه قد ينتهي به المطاف إلى العجز عن تنفيذ الحكم وذلك نظرا لما تقرره التشريعات الوطنية من حضر التنفيذ الجبري على الأموال العامة[2].

وفي النهاية نشير إلى أن المستثمر الأجنبي يمكنه اللجوء إلى قضاء دولته أو إلى قضاء دولة ثالثة لتسوية المنازعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة نظرا لتمتعها بالحصانة القضائية التي تأبى بموجبها الخضوع لقضاء دولة أخرى وذلك رغم ظهور نظرية الحصانة النسبية وانتشارها بين الفقه القضائي في العلاقات الدولية[3].

إلا أن الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي في البلدان النامية لم تعتنقها متذرعة بتطبيق (مبدأ المساواة في السيادة)، ومن ناحية أخرى من مصلحة المستثمر فعل ذلك لأنه إذا حصل على حكم من قضاء دولته أو دولة ثالثة فما قيمته وخاصة في حالة عدم وجود أموال يمكن التنفيذ عليها تخص الدولة المضيفة لدى دولة المستثمر أو الدولة الثالثة، وهو ما لا يسهم في حل منازعات الاستثمار.

المطلب الثالث:

محاولة إصلاح وسائل التسوية القضائية الداخلية للاستثمارات الأجنبية:

نظرا لتعداد تلك الصعوبات التي تواجه منازعات الاستثمار الأجنبي أمام القضاء الوطني في الدولة المضيفة، فقد أقدمت الكثير من الدول النامية في إطار إصلاح الأنظمة الاستثمارية والقانونية أو القضائية، وموازاة لها على إنشاء محاكم وطنية متطورة لا تقل عن مثيلاتها في الدول المتقدمة إرضاء للمستثمرين الأجانب أن يلجئوا إليها لاستصدار أحكام موضوعية محايدة في منازعات الاستثمار.

[1] انظر د. عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في النمو 1971، دار النهضة العربية، ص 168.

[2] الإطلاع على القانون المدني وإجراءات التنفيذ الجزائري.

[3] حلت محل النظرية التقليدية التي تقر بالحصانة المطلقة نظرية الحصانة النسبية ومؤداها أن الدولة كما وضح أنها لا تتمتع بالحصانة عند ممارستها لأنشطة تجارية سواء بنفسها أو عن طريق إحدى مؤسساتها العامة فإنها لا تستطيع التمسك بالحصانة ويمكن في ذلك أن تخضع للقضاء الأجنبي. أنظر د. عبد الحميد عيشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، ص 416.

وأقرب تطبيق بارز بالجزائر في الإصلاح القضائي الذي اهتم بالعناية عند استضافة الاستثمارات الأجنبية على امتداد الاختصاص الإقليمي والنوعي بالكفالة الحسنة لحل المنازعات التي يكون أحد أطرافها مستثمرا أجنبيا، بما استحدثته من الأقطاب المتخصصة المنوه عنها بالمادة: 32 فقرتين 2، و5 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للنظر على سبيل الحصر في سبعة حالات من نشاط التجارة الدولية التي يمكن أن يكون في منازعاتها مستثمرا أجنبيا والتي ستحدد مقراتها بالتوزيع على التراب الوطني عن طريق التنظيم لاحقا في النطاق الجغرافي الإقليمي الذي تزدهر فيه أنشطة التجارة الدولية وما يترتب عنها من منازعات مرتبطة بها، وإلى جانب تلك المقرات الرئيسية فقد نصت الفقرة السادسة من المادة 32 المذكورة ما سيلحق بها أيضا عن طريق التنظيم من جهة فرعية تابعة لها قد يضيق وينحصر اختصاصها في نوع معين من منازعات التجارة الدولية المشهور انتشارها في الاختصاص الإقليمي بالجهة القضائية، كالنقل البري والجوي بالجهة القضائية التابعة للقطب الرئيسي وهي تتشكل على خلاف تشكيلة القضاء العادي من ثلاثة قضاة قد يتمتعون بالخبرة الفنية والقانونية في الاختصاص وذلك نظرا لأهمية القيمة القانونية والمالية للنزاعات المطروحة عليها على سبيل الحصر[1]، وذلك ما يعتبر عاملا ملطفا من الصعوبات التي يعانيها المستثمر الأجنبي عند خضوعه للمثول إلى القضاء الداخلي. بالإضافة إلى ما وفرته الجزائر في بداية التسعينيات من ترسانة تشريعية تتمثل في اتفاقيات ثنائية أبرمتها مع مجموعة من الدول الغربية والعربية في إطار تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية بالامتيازات والضمانات الحمائية للنشاط الاستثماري الأجنبي المستضيف على إقليمها.

وبنظرة إجمالية في تقييم القضاء الوطني في الدولة المضيفة، في فض المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي فإننا نجد أن القضاء الوطني وإن كان هو الجهة المختصة أصلا بنظر المنازعات الاستثمارية رغم الإصلاحات القانونية والقضائية بالدول المضيفة فإن المستثمر الأجنبي لا يتمتع بالرضا التام لهذا القضاء ويرفض اللجوء إليه مفضلا خيار اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في حالة فشل المساعي الودية إن سبق اللجوء إليها وأثمرت بالفشل وعدم الفلاح في حل النزاع. أو لم يتحقق للمستثمر الأجنبي اللجوء إلى القضاء

[1] أنظر القانون رقم: 09/08 المؤرخ في: 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم: 21 المؤرخة في: 2008/04/23.

الدولي لعرض منازعته في مواجهة الدولة لحل نزاعه وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني:

التسوية القضائية الدولية:

لما كانت وسائل التسوية القضائية الداخلية في بعض البلدان النامية لا توحي بالثقة للمستثمر الأجنبي وذلك لعدم وجود نظام قانوني كاف وفعال للوفاء بمتطلبات العلاقة التعاقدية الاستثمارية المعاصرة التي تخدم قضايا التنمية الاقتصادية، أو لعدم وجود نظام قضائي يؤكد حق التقاضي ويبعث الطمأنينة لدى المتعاقدين على أنهم سوف يمثلون أمام محاكم محايدة ومختصة تعمل بالقانون وتكفل انصياع أطراف النزاع لحكمها. فرغبة لتنمية المعايير التي تحكم حقوق المستثمر الأجنبي الخاص والتزاماته اتساقا مع الاتجاه المعاصر في حل المشكلات الدولية التي أسهمت في خلقها الإنجازات العلمية الهائلة ومتطلبات التعاون الاقتصادي الدولي. فقد اقترح أن تكون الوسيلة الدولية هي أنسب الوسائل التي يمكنها أن تحوز المستثمر الأجنبي الخاص بالنسبة لحسم المنازعات الاستثمارية بينه وبين الدولة المضيفة[1].

بيد أن المشكلة الأساسية التي تجابه المستثمر الأجنبي الخاص في هذا الصدد هي عدم قدرة الشخص الطبيعي أو المعنوي - بوصفه كذلك - على اتخاذ إجراءات ضد الدولة أمام غالبية المحاكم القضائية الدولية وتظل الوسيلة الوحيدة المتاحة أمام المستثمر الأجنبي الخاص لإقامة دعواه ضد الدولة المضيفة أمام غالبية المحاكم الدولية. هي موافقة دولة جنسيته على تبني دعواه أمام القضاء الدولي وذلك أمر محفوف بالمخاطر بالنسبة للمستثمر الأجنبي، ذلك أن دول جنسيته تتمتع بحرية مطلقة في هذا المجال ويتوقف قرارها على اعتبارات سياسية واقتصادية متباينة في تقدير حمايته أمام القضاء الدولي أو انعدام تلك الحماية.

كذلك ما يحد من تنمية وسائل التسوية القضائية الدولية الإيديولوجيات المعاصرة التي أدت إلى تقسيم العالم إلى كتل سياسية متعددة اختلفت وجهات نظرها بالنسبة لدور القانون في المجال الدولي وأسهمت في بعض الحالات في خلق نفور من الوسائل القضائية

---

[1] **راجع عصام الدين بسيم**: المرجع السابق ص 170.

الدويلة لفض المنازعات. كما تنظر الدول حديثة الاستقلال التي يشتد تمسكها باستقلالها وسيادتها لما عانته من استعمار بعين الشك لأي قيود دولية قد ترد على حريتها في التصرف، ولا تثق في القانون الدولي الذي لم تشارك في إرساء قواعده وتجد عدم ملائمته لاحتياجاتها في كثير من الحالات. وقد تتوارى قليلا الشكوى بالنسبة للوسائل القضائية الدولية وتقتصر هذه الشكوى على عدم قدرة هذه الوسائل على تأكيد حق التقاضي وطمأنة الأطراف على المثول أمام محكمة محايدة ومختصة قادرة على إنزال حكم القانون وتنفيذ قضائها[1].

وأمام هذه المشكلات اتجهت الدراسات إلى محاولة تطوير الوسائل القضائية الموجودة، أو إنشاء وسائل أخرى جديدة تعمل على إيجاد وسيلة قضائية دولية محايدة وفعالة ومقبولة، تتحقق أمامها المساواة بين أطراف النزاع، ويمكن للفرد اللجوء إليها بصفته الشخصية للفصل في منازعاته مع الدولة المضيفة دون حاجة إلى ممارسة دولة جنسيته حمايتها الدبلوماسية وتبني دعواه.

وقد مست محاولة تطوير الوسائل القضائية الدولية القائمة كمحاولة استهدفت محكمة التحكيم الدائمة وفقا لما نصت عليه المادة 47 من اتفاقية لاهاي لسنة 1907[2] بتوسيع اختصاص لجان التحكيم إلى نظر المنازعات بين الدولة والمؤسسات الخاصة كما امتد تفكير الفقه إلى محاولة تخطي جمود المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي قصرت اختصاصها على نظر المنازعات بين الدول فقط، فحاول بعض الفقهاء في مناقشات المعهد الدولي حول تعديل نظام المحكمة سنة 1954 إلى اقتراح إنشاء لجان في نظر المنازعات الاستثمارية بين الفرد والدولة دون العبور على مسلك الحماية الدبلوماسية فوجد ذلك الاقتراح صعوبات في إحداث اللجان الذي يستدعي تعديل النظام الأساسي والميثاق، كما أن التطبيق العملي لحل نوع النزاعات التي تتسم بالطابع الفني، لا يرقى قضاة المحكمة إلى التمتع به نظر لتكوينهم القانوني، وباستثناء محكمة منظمة الفحم والصلب الأوربية ومحكمة المنظمات الأوربية التي تخول للفرد حق التداعي ضد قرارات وتوصيات هذه المنظمات في المجالات التجارية فقط، فإن كل من منظمة البلدان العربية المصدرة للبترول المنشأة في السعودية باتفاقية جانفي 1968 قد نصت في مادتها 21 على

---

[1] راجع عصام الدين بسيم: المرجع السابق ص 174-175.
وكذلك أنظر أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية 1975، دار النهضة العربية، ص 428

[2] تنص المادة 47 على أن المجلس الإداري للمحكمة ------------------------

إمكانية نظر محكمتها التي ستنشأ وتنظر في المنازعات بين أحد الدول الأعضاء وبين شركة بترول تابعة لأي عضو آخر كما أن منظمة **"الأوبيب"** قد قررت إنشاء محكمة عليا في نطاق " **الأوبيب** " إلى أن هذه الأجهزة لم تر النور في أرض الوجود.

ومن هذا العرض يتضح أنه مازالت إلى حد الآن القاعدة قائمة التي تدين بعدم قدرة الشخص الطبيعي أو المعنوي بصفته كذلك على اتخاذ إجراءات مباشرة ضد الدولة أمام المحاكم القضائية الدولية القائمة أو إنشاء وسائل قضائية دولية جديدة بغية تمكين الفرد من الادعاء مباشرة أمام المحاكم الدولية، فإنها محاولات محدودة لم يخرج بعضها إلى حيز التنفيذ أما البعض الآخر الذي وجد طريقه إلى النور فإنه لم يقدم مساهمة فعالة في تطوير المركز القانوني للفرد أمام المحاكم الدولية أو في تقديم حلول للمشاكل ذات الصبغة الدولية، ويظل السبيل أمام الأفراد في غالبية الحالات هو تبني دولة جنسيتهم دعواهم أمام القضاء الدولي وهو ما يعرف بالحماية الدبلوماسية، وهو ما أشارت إليه المادة 26 من اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات الموقعة في: 1965.

المبحث الثالث:

الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة وأموالهم بالخارج:

يعترف القانون الدولي بحق الدولة في التدخل دبلوماسيا لحماية شخص أو أموال رعاياها التي تقع في إقليم دولة أجنبية من الأضرار التي تلحق بها ونتيجة إجراءات اتخذتها - أو تهدد باتخاذها – حكومة الدولة الأخيرة أو المضيفة ويعرف هذا الحق (بحق الحماية الدبلوماسية) Protection diplomatique.

أي أنه قد يلحق أحد رعايا الدولة أضرارا معينة نتيجة إجراءات اتخذتها أو هددت باتخاذها حكومة أجنبية ويتعذر على هذا الرعية أن يحصل على التسوية المناسبة من القضاء الداخلي لهذه الدولة. كما تضفي الدولة حصانتها القضائية على إجراءاتها مما يحول دون حصول المضرور على هذه التسوية. كذلك وكما عرفنا سلفا أن الفرد لم يخول في جميع الحالات الادعاء المباشر أمام المحاكم الدولية.

وعلى ذلك وتجنبا لهذه المخاطر يعترف القانون الدولي للدولة باحتضان دعوى الفرد الذي ينتمي إليها أمام المحاكم الدولية، وقد عبرت عن ذلك محكمة العدل الدولية الدائمة بقرارها " يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي أن يكون للدولة الحق في

حماية رعاياها عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى ويكونون غير قادرين على أن يحصلوا منها على تسوية مناسبة عندما يسلكوا الطرق العادية"[1].

وإذا كان المستثمرون الأجانب هم أكثر الهيئات حاجة لأن يستظلوا بمظلة الحماية الدبلوماسية التي تقدمها دولهم، خاصة إذا كانت مصادر الحماية الأخرى غير فعالة، فإن هناك شرطين أساسين لممارسة الدولة حمايتها الدبلوماسية على رعاياها وأموالهم بالخارج. ويتعلق الشرط الأول بالجنسية أما الشرط الثاني فيتعلق باستنفاذ طرق التقاضي الداخلية، وسوف نعرض لهذين الشرطين في مطلبين متتاليين:

المطلب الأول: شرط الجنسية، المطلب الثاني: استنفاذ طرق التقاضي الداخلية.

المطلب الأول:

شرط الجنسية:

تتدخل الدولة دبلوماسيا لحماية أشخاص وأموال رعاياها على إقليم دولة أجنبية عندما يلحقهم ضرر حال أو وشيك الوقوع تسببت في إحداثه الدولة الأخيرة، و ذلك إذا ربط بين الشخص والدولة التي تتدخل لحمايته رباط الجنسية Nationalité[2]. ويقوم القانون الداخلي في كل دولة بتحديد الأشخاص الذي يتمتعون بجنسيتها وقد أكدت محكمة العدل الدولية الدائمة على ضرورة تمتع الشخص بجنسية الدولة التي تضفي حمايتها الدبلوماسية كما وضح ذلك الفقيه **"أوبنهايم"[3]** على أنه تمارس دولة حقها في الحماية الدبلوماسية يجب أن يحمل الشخص جنسيتها وقت حدوث الضرر ويستمر متمتعا بها حتى ممارسة دولته حق الحماية الدبلوماسية ومباشرة دعواه. فلا يكفي أن يكون الشخص متمتعا بالجنسية في وقت من الأوقات ثم تزول عنه لأحد الأسباب.

وتعرضت صعوبة حماية الأشخاص ذوي الجنسية المزدوجة إذ عالجتها المادتين 3، 4 من اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين الموقعة 1930/04/12 بلاهاي. إذ اعترفت المادة 03 المذكورة بحق الشخص في تمتعه بجنسية كلا الدولتين ولكنها منعت

[1] أنظر د. عبد الحميد عيشوش المرجع السابق ص 444.
[2] يعرف د. فؤاد رياض الجنسية بأنها: علاقة قانونية بين الفرد والدولة يصير الفرد بمقتضاها عضو في شعب الدولة.
ويعرفها د. عز الدين عبد الله بأنها رابطة سياسية وقانونية تنشئها الدولة بقرار منها تجعل الفرد تابع لها أي عضو فيها. أنظر. د عبد الحميد عيشوش المرجع السابق ص 445.
[3] أنظر د. عبد الحميد عيشوش، مرجع سابق ص 447.

الدولة من إضفاء حمايتها الدبلوماسية ضد دولة أخرى يتمتع نفس الشخص بجنسيتها. كما اشترطت المادة 05 من تلك الاتفاقية الرابطة الفعلية بين الدولة والأشخاص خاصة منها المعنوية حتى تحتضن هذه الدولة دعواهم، ويستظلون بمظلة حمايتها الدبلوماسية. ومفاد ذلك أن ممارسة الحماية على الشخص أن يقيم في دولة جنسيته بصفة أصلية أو يرتبط بدولته ارتباطا وثيقا وهذا الارتباط يتحدد بالنسبة للشركات على الرغم من الجهة التي رخصت بإنشائها أو الموقع الرئيسي لمركز الإدارة في الشركة أو اختلاف جنسيات المساهمين فيها، فإن الواقع يأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي هو المعيار الوحيد والمفضل الذي تتأسس عليه الرابطة بين الدولة والشركة، وهو المعيار الذي يتميز بالثبات والاستقرار.

المطلب الثاني:
شرط استنفاذ طرق التقاضي الداخلية:

إنه لا يكفي لمباشرة الدولة حق الحماية الدبلوماسية أن يحمل الشخص المضرور جنسية هذه الدولة، بل يتعين على هذا المضرور قبل أن يستفيد بالحماية الدبلوماسية أن يستنفذ طرق التقاضي الداخلية ويتأسس هذا الشرط كما أوضح **"Oppenheim"** على مبدأ معترف به في القانون الدولي يقضي بأنه على الأجنبي الذي يلحقه ضرر في دولة أجنبية أن يستنفذ كافة طرق التقاضي الداخلية المتاحة قبل أن يلجأ إلى مساعدة دولته[1]. ويبرر هذا الشرط بأنه يتعين إتاحة الفرصة للدولة المدعى عليها لتقديم تسوية وفقا لقوانينها. وقد يغني ذلك دولة المضرور عن ممارسة حقها في حماية رعاياها، فإذا استنفذ المضرور طرق التقاضي الداخلية دون أن يحصل على تسوية عادلة فإن دولته تستطيع عندئذ مباشرة دعواه أمام المحاكم الدولية. بل ويتعين أن يستنفذ المضرور كافة طرق التقاضي الداخلية حتى يصل بدعواه إلى آخر درجات التقاضي ويصبح الحكم نهائيا.

بينما ثمة استثناءات ترد على شرط استنفاذ طرق التقاضي الداخلية يكون للدولة فيها الحق أن تتخذ عملا على المستوى الدولي لحماية رعاياها بالخارج دون أن يكونوا قد استنفذوا بعد طرق التقاضي الداخلية. وقد استقر من هذه الحالات الاستثنائية في التعامل الدولي حالة ما إذا كان لدولة ذات سيادة نصيبا في ملكية الأموال التي لحقها ضرر

---

[1] راجع د. عبد الحميد عيشوش: المرجع السابق ص 464.

بالخارج، فلا تخضع في هذه الحالة لشرط استنفاذ طرق التقاضي الداخلية وذلك بالنسبة لمطالبتها بحصانتها الخاصة[1].

كما أن الاستثناء الوارد قد استبعد حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية بمقتضى نص يكون قد ورد في معاهدة أو عقد، فمن البديهي أن تكون ثمة ضرورة لشرط استنفاذ طرق التقاضي الداخلية[2]، فقد يتنازل أحد رعايا الدولة في عقد يبرمه مع دولة أجنبية عن اللجوء إلى دولته لمساندة لدعواه ضد الدولة الأجنبية المتعاقد معها وهو ما يعرف بشرط **"كالفو"** "la close Calvo"[3]. وقد شاع استفحال هذا الشرط في دول أمريكا اللاتينية التي كانت كثيرا ما تحضر على المستثمر الأجنبي الخاص اللجوء إلى دولته لكي تضفي عليه حمايتها الدبلوماسية.

وقد ثار جدل فقهي حول مدى صحة هذا الشرط انتهى بالتسليم من غالبية القضاء والفقه الدوليين بعدم صحته ويتأسس ذلك على أن حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية لرعاياها هو أحد المبادئ القانونية الدولية السائدة في الأمم المتمدنة التي لا تقبل أن تكون محلا لتنازل أو تصالح من جانب أحد رعايا الدولة.

فإذا لم يتاح للأجنبي وسيلة من وسائل التقاضي الداخلية تكفل له الحماية من الأضرار التي لحقت به كمثال سلوك الحكومة الأجنبية لإجراءات التأميم أو نزع الملكية وتعتبر هذا العمل بأنه من قبيل أعمال السيادة منكرة على الأجنبي حقه في اللجوء إلى المحاكم الداخلية لبحث مشروعية هذا الإجراء أو مناسبة التعويض عنه، ففي هذه الحالة لا تكون طرق تقاضي داخلية حتى يشترط استنفاذها وينجر نفس الحكم إذا كان الضرر الذي أصاب الأجنبي نجم عن تنفيذ تشريع داخلي دون أن تكون هناك وسيلة للطعن في التشريع ذاته. أو كانت هناك وسيلة تقاضي داخلية ولكنها غير كافية لإصلاح الضرر. وقد أورد الفقيه "Lauterpacht" برأيه المنفصل باستثناء آخر مؤداه: إذا كان الإجراء المطلوب

---

[1] تم قبول ادعاء الحكومة البريطانية أمام محكمة العدل الدولية دون أن تستنفذ بريطانيا طرق التقاضي الداخلية عندما قامت إيران بتأميم شركة البترول الأنجلوإيرانية سنة 1951 التي كانت بريطانيا تملك حصة من أموالها.

[2] أنظر إبراهيم العناني: اللجوء إلى التحكيم الدولي. رسالة دكتوراه جامعة عين الشمس، 1970 ص 49.

[3] ترجع هذه التسمية إلى فقيه القانون الدولي الأرجنتيني Carlos Calvo الذي أوضح هذا الشرط الذي يقضي بخضوع المشروعات الأجنبية لقوانين والمحاكم الداخلية في الدولة المضيفة بالإضافة إلى تنازلها عن الحق في الحماية الدبلوماسية من دولتها بالنسبة لجميع الدعاوى ضد الدولة المضيفة

هو مجرد مصالحة أو توفيق فلا يلزم استنفاذ طرق التقاضي الداخلية حتى تمارس دولة الجنسية حقها في حماية رعاياها.

وإزاء اختلاف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لشرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية على اعتباره شرطا موضوعيا وجوهريا يترتب على إغفاله إلغاء كافة الإجراءات القانونية وهو شرط لا زم للمطالبة الدولية. فقد قال البعض الآخر من وزنه وتأثيره القانوني باعتباره شرطا إجرائيا يمكن للمحكمة أن تتنازل عنه، إلا أن الراجح من غالبية الفقه اعتباره ذو طبيعة مزدوجة يجب تفسيره بحسب كل حالة في وقت وملابسات كل قضية ويكون أمر تقدير طبيعة هذا الشرط وضرورته للمحكمة المعروض عليها النزاع، ومن ثمة إذا ما توافر شرط ممارسة حق الحماية الدبلوماسية تكون مبادأة الدولة بتقديم احتجاج[1] قبل اللجوء إلى القضاء لتسوية النزاع وباعتبار الاحتجاج وسيلة معترف بها دوليا، قد يثار إزاء التصرفات التي قامت أو تعتزم القيام بها الدولة. ويخول الاحتجاج الدولة التي قدم لها فرصة العدول عن التصرفات التي تأتيها مخالفة للقانون الدولي، ولذلك فإنه يتعين ممارسة الحماية الدبلوماسية وإعلان الاحتجاج عند وقوع الضرر أو في حالة التهديد به. ذلك أنه يؤول عدم الاحتجاج على أنه رضا أو موافقة على التصرف المخالف للقانون.

[1] الاحتجاج هو مكاتبة رسمية من دولة إلى دولة أخرى يتضمن اعتراض الدولة الأولى على تصرف معين قامت أو تعتزم القيام به الدولة الثانية. ويهدف هذا الاحتجاج إلى المحافظة على حقوق رعاياها أو إعلان الدولة المحتجة على أنها لا تعترف بتصرفات معينة تأتيها الدولة الثانية.

الباب الثاني:

حسم منازعة الاستثمار الاجنبي عن طريق التحكيم الدولي

تمهيد:

بعد أن تناولنا في الباب الأول الوسائل الودية مع استعراض لإجراء ممارستها كمحاولة تمهيدية ومبدئية لحل النزاع قبل اللجوء إلى المخاصمة والتقاضي أمام القضاء بنوعيه الوطني الداخلي أو الدولي، وما يكتنفهما من صعوبات تواجه المستثمر الأجنبي في البلد المضيف. فإنه قد يلجأ إلى حسم النزاع عن طريق التحكيم. إلا أن التحكيم أضحى يمثل الملاذ الأخير لحسم النزاع خصوصا إذا ما أخفقت الوسائل الودية كالتفاوض أو التوفيق أو الوساطة في الوصول إلى تسوية وحل النزاع. فقد ظهر التحكيم كأداة لتسوية المنازعات منذ زمن بعيد، حيث أن نشأة التحكيم من الناحية التاريخية تعود لما قبل ظهور قضاء الدولة، فهو إذن أسلوب قديم كان سائدا في المجتمعات القبلية ويمارس بعادات وطقوس مختلفة ولقد عرف في المجتمعات الفرعونية والرومانية واليونانية.

والتحكيم هو الوسيلة التي يقوم الأطراف باللجوء إليها لغرض حسم المنازعات التي تنشب عن العقد وذلك خارج محكمة قضاء الدولة، وبما أن الاستثمارات الأجنبية كما يقول بعض الاقتصاديين تعد هي الطريقة التمويلية الوحيدة التي تسعى اليوم إلى اجتذابها الدول النامية، فقد اتجهت رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية إلى التحكيم للتخلص من القيود الموجودة في الأنظمة القانونية لمختلف الدول، وعلى أن تتم تسوية المنازعات بأقل قدر ممكن من العلانية والنشر واتجاههم إلى الهروب من مشكلة تنازع القوانين، لأن القاضي يقوم بتطبيق قانونه الوطني حتى ولو كانت المنازعات تتعلق بالتجارة الدولية. لذلك حظي التحكيم بأهمية في المعاملات لتجنب المشاكل المذكورة سلفا.

لذلك فإنه يحدث في الكثير من الأحيان بالعقود التجارية أن يقوم أطراف العقد بالاتفاق مقدما على إخضاع المنازعات التي ستحدث بينهم بشأن تفسير العقد أو تنفيذه في المستقبل للتحكيم وليس للقضاء العادي[1]. وعلى الرغم من أن هناك وسائل عدة يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لحل منازعاتهم. إلا أن التحكيم أضحى هو الطريقة المرغوبة لتسوية منازعاتها.

[1] **أنظر د. حمد اŶ حمد اŶ**: النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية. دار النهضة العربية، القاهرة، 2002. ص 05.

لذلك أصبح من المستجاب فيه لتحقيق هذه الغاية، أن يقر تشريع الاستثمار مبدأ جواز عرض المنازعات المذكورة على أجهزة التحكيم بموجب ما تم الاتفاق عليه في إطار التشريع الداخلي، أو الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة. ومما سبق فقد أصبح التحكيم الوسيلة المقبولة التي يلجأ إليها أطراف عقود الاستثمار لتسوية المنازعات لما يحقق ذلك من ضمان لحقوقهم الواردة في العقد وذلك ما سنتناوله بالدراسة في هذا الباب من خلال الفصول الثلاثة التالية:

الفصل الأول: ماهية وأنواع التحكيم ومبررات اللجوء إليه.

الفصل الثاني: انعقاد محكمة التحكيم والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى الموضوع.

الفصل الثالث: إصدار وتنفيذ حكم التحكيم في المنازعات الاستثمارية.

الفصل الأول:

ماهية وأنواع التحكيم ومبررات اللجوء إليه.

يعيش التحكيم الآن، سيما التحكيم التجاري الدولي أزهى عصور ازدهاره، إذ لم يعد مجرد نظام استثنائي لمنافسته العدالة التي تؤديها الدولة، أو حتى نظام مصاحب وقرين لها بل أصبح في الآونة الأخيرة نظام بديل عن قضاء الدولة، وهذا الازدهار الذي لحق بنظام التحكيم مرجعه المزايا التي يقدمها هذا القضاء الخاص في حل المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية المعتادة أو المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى[1].

وعليه نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تعريف التحكيم وطبيعته القانونية.

المبحث الثاني: أنواع التحكيم وتقدير مبررات اللجوء إليه.

المبحث الأول:
تعريف التحكيم وطبيعته القانونية

المطلب الأول:
تعريف التحكيم

التحكيم لغة من مادة " حكّم وحكم بتشديد الكاف تعني طلب الحكم من يتم الاحتكام إليه ويسمى الحكم بفتح الحاء والكاف أو المحكّم بضم الميم مشددا[2].

ويقصد بالتحكيم في الاصطلاح القانوني[3] اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم القائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز، فإن كان هذا التعريف يركز على معيار بروز سلطان الإرادة في نوعية الجهة المختارة للفصل في النزاع. فهنا

[1] راجع د. حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. منشورات الحلبي الحقوقية 2007 ص 07.
[2] راجع د. محمود مختار بريري، المرجع السابق ص 05.
[3] راجع د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1980، ص 19.

تعاريف أخرى فقهية وقضائية اهتمت بالتركيز على أنه:" نظام قضائي خاص يعلو النظم القضائية الوطنية" حيث أعطيت له تعريفات اعتمادا على معايير معينة تستهدف تمييزه عن التحكيم الداخلي من جهة وتبيان نوع المنازعات التي يختص بها من جهة أخرى فعرف بأنه: " نظام قضاء عادي يحيل النظر في النزاعات بين الأطراف إلى أشخاص عاديين بدلا من إعطاء الاختصاص للمحاكم الوطنية للدولة وهذا بالاختيار الإرادي للأطراف المتنازعة[1].

ومن التعاريف التي جاء بها أيضا الفقه للتحكيم التجاري الدولي كونه: " هو وسيلة فض نزاع قائم أو مستقبل ويتمثل في العزوف عن الالتجاء إلى القضاء المختص بشأنه وطرحه أمام فرد أو أفراد وهم المحكمون أنيطت بهم مهمة نظره والفصل فيه بناء على اتفاق بين المتنازعين على ذلك"[2].

كما عرف كذلك على أنه: " وسيلة للفض في المنازعات حيث يتفق الخصوم على عرض تلك المنازعات على أشخاص يختارونها ويحددون لهم مهمة التحكيم متضمنة القواعد القانونية والإجراءات التي تتبع"[3].

ومن هنا يظهر أن التحكيم يخرج المنازعات من اختصاص محاكم الدولة لكن دون الفصل المطلق بينهما نظرا لحاجة التحكيم إلى تدخل القضاء خاصة في مجال التنفيذ فذلك الاستبعاد المحدد بالفصل في النزاع يقوم بناء على اتفاق الأطراف، بمعنى أنه يلزم وجود اتفاق تحكيم. القاعدة العامة في هذا الشأن هي أنه " لا تحكيم بدون اتفاق تحكيم "، وقد يأخذ هذا الاتفاق صورة بند مدرج في العقد المبرم بين الأطراف ويوقعون عليه عند توقيعهم على هذا العقد وهو ما يطلق عليه (شرط التحكيم)، أو يأخذ صورة اتفاق مستقل عن العقد وهو ما يطلق عليه (مشارطة التحكيم) مما يعني أن (شرط التحكيم) يتفق عليه الأطراف قبل حدوث النزاع بينهم أما (مشارطة التحكيم) فيتم الاتفاق عليها بين الطرفين بعد حدوث النزاع.

---

[1] **راجع د. محمد كولا:** تطور التحكيم التجاري في الجزائر.
[2] **راجع د. كمال إبراهيم**: التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي القاهرة، 1991. ص. 67 وما بعدها.
[3] **راجع د. منير عبد المجيد**: قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية. دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1995، ص1.

وإذا كانت إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار تتفق بوجه عام مع غيرها من إجراءات التحكيم في مختلف المنازعات الأخرى، إلا أن التحكيم في منازعات هذه العقود يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى ويرجع ذلك لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات تحكيم هذه المنازعات التصدي لها والتي تتبع أساسا من كون أحد أطراف هذه العقود يتمتع بالسيادة يتعامل مع شخص خاص.

المطلب الثاني:
الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم

الفرع الأول: تكييف اتفاق التحكيم

1-/ يثير التحكيم جدلا حول طبيعته القانونية فاتجه البعض إلى ترجيح "الطبيعة القضائية" وذلك على أساس تركيز النظر والاعتماد على "طبيعة المهمة" التي يؤديها المحكم، فهو يفصل في نزاع شأنه شأن القاضي ويحوز حكمه حجية الشيء المقضي فيه. فالمحكم يؤدي وظيفة "القاضي" إنه قاضي "خاص" يقابل قاضي "الدولة" وسند قيام المحكم بوظيفة القاضي هو قانون الدولة التي سمحت بالتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات يمكن للأفراد الالتجاء إليها ويترتب على الطبيعة القضائية للتحكيم، التسليم بحق الدولة في التدخل لأن القضاء أصلا منوط بالسلطة القضائية ويأتي التحكيم استثناء، يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة بالقيام بوظيفة القاضي، فلا بد للدولة أن تراقب وتتدخل بقواعد آمرة تضمن سلامة إجراءات التحكيم وسلامة الحكم وتسمح بالطعن فيه أمام القضاء، وتنظم القواعد اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم[1].

2-/ ويقابل هذا الاتجاه اتجاه آخر، يرجح الطبيعة العقدية للتحكيم فليس المهم من وجهة نظر هذا الاتجاه إعطاء الأولوية لمهمة المحكم وإنما بالدرجة الأولى أن ننظر من أولاه وخوله هذه المهمة، ومن الذي يحدد له الإجراءات التي يتبعها، ومن ذا الذي يحدد شخص أو أشخاص محكمين ويدفع أتعابهم ويحدد لهم القانون الذي يحسمون النزاع وفقا لنصوصه. إن (أطراف الاتفاق) هم الذين يقولون ذلك كله وتشريعات التحكيم التي تسنها

---

[1] أنظر د. محمود مختار بريرة، المرجع السابق، ص 07.

الدول أو الاتفاقيات الدولية لا تضع أحكاما آمرة إلا في أضيق الحدود أو الحالات لخدمة وتحقيق " إرادة الأطراف في اللجوء الاختياري للتحكيم"[1].

إن الدولة من واجبها هو منع المساس بالنظام العام أما بدأ التحكيم وسيره حتى صدور الحكم فيجد أساسه في اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، ثم في اتفاقهم مع المحكمين على " الانصياع والخضوع" لما يصدرونه من أحكام ولذا فإن تنفيذ معظم أحكام التحكيم يتم طواعية ودون اللجوء إلى القضاء للحصول على أمر التنفيذ.

إن جانب من الفقه والقضاء قد اعتنق ترجيح الطبيعة العقدية للتحكيم[2] من حيث ضرورة إطلاق مبدأ " سلطان الإرادة" وترك الأمر لأطراف النزاع ومحكميه الذين اختاروهم بمحض إرادتهم، وارتضوا سلفا للخضوع لما يصدرونه من أحكام، ولا يجوز للدولة أن تتدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام، أو لضمان حسن سير عملية التحكيم.

إن كان هذا الاتجاه الثاني يميل إلى مبدأ سلطان الإرادة في إيجاد هذا التحكيم في شكل عقد أو في أي شكل آخر، والاتجاه الأول بدور القضاء في إنجاح التحكيم وكذا المهام الموكولة للمحكمين. فإن كلتا النظريتين قد تطرقتا في تكييف طبيعة التحكيم، لأن الأخذ بإحداهما غير كاف لتحديد طبيعة التحكيم، إذ تجاهلتا موضوع النزاع وكذا أطرافه وإن كانتا تقصدان التحكيم بصفة عامة فإن النظريتين غير كافيتين لتحديد طبيعة التحكيم التجاري الدولي.

3-/ وعليه وجدت نظرية الطبيعة المختلطة حاولت الجمع بينهما، حيث تبنت الطبيعة المزدوجة للتحكيم. إذ ترى بأن التحكيم يظهر في بدايته بالصبغة التعاقدية أو إرادة الأطراف في اتجاهه وإجراءات عمله ومن ثمة إحجامهم عن اللجوء إلى القضاء العادي، لكن بمجرد سير إجراءات التحكيم تتغير طبيعته ويصبح عملا قضائيا وهذا بفضل تدخل قضاء الدولة للاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، وبالتالي يصبح عملا قضائيا بالإضافة إلى إمكانية تدخل القضاء في بدء مسار التحكيم كحالة الاستنجاد به في تعيين أحد المحكمين.

---

[1] أنظر د. أحمد أبو الوفا" التحكيم القضائي والصلحي. بدون دار نشر، 1965 ص 26.

[2] لقد أيد هذا الترجيح الأستاذ محمود مختار بريري، المرجع السابق ص7 وكذلك اعتنقه تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا بمصر بتأكيد الطبيعة العقدية وارتكاز التحكيم كوسيلة تسوية المنازعات على الاختيار الحر لإرادة الأطراف. فقضت بعدم دستورية النصوص القانونية المختلفة التي تكرس نظام التحكيم الجبري.

إذا كان قصور النظرية الثانية يظهر من خلال اعتبار قرارات التحكيم عقدا أو اتفاقا رغم تنفيذها قضائيا ولو لم يشملها أمر التنفيذ ما دامت موجودة بإجراءات قضائية من طرف " المحكم القاضي " فإن النظرية المختلطة جاءت للتوفيق والجمع بين الاتجاهين السابقين، إذ اعتبرت القرارات أو الأحكام عقدا قبل تنفيذها، وأحكاما قضائية عند تنفيذها. وفي تقديرنا أن هناك عناصر في التحكيم تستمد أساسها من مبدأ سلطان الإرادة أي عقد الاتفاق الذي أوجد التحكيم كنظام لتسوية النزاعات وبالتالي فإن الطبيعة العقدية هي التي أنشأته. لكن لا يمكن للتحكيم أن ينسلخ كليا عن بعض ملامح القضاء، إذ في الأصل يستمد قواعده من القضاء إلا باستثناء الذين يديرونه غالبا ما يكونون ذوي خبرة في مجالات التعاقد الاستثماري وليسوا قضاة بالمفهوم الكلاسيكي وبالتالي فإن التحكيم لا يتأصل للاتفاق فقط أو للقضاء وحده، ولكن يبدأ في شكل اتفاق ثم يأخذ شكل الإجراءات المتبعة فيه إلى أن يصبح في الأخير حكما ومن ثمة فهو نظام يمر بمراحل متعددة ولكل مرحلة طابعها الخاص بها.

أما فيما يخص التحكيم التجاري الدولي فقد قام على أساس المعيار القانوني بهدف تدويل المعاملات التجارية التي ينظر فيها، ثم تطور لاحقا ليدخل معيارا حديثا وهو المعيار الاقتصادي.

4-/ على خلاف الاتجاهات الثلاثة السالفة الذكر بشأن الطبيعة القانونية للتحكيم ظهر هناك اتجاه رابع لم يشأ الانخراط ضمن أي من هذه الاتجاهات، بل انه آثر القول بأن التحكيم له طبيعة مستقلة ليست بالقضائية وليست بالتعاقدية كما أنها ليست مزيجا أو خليطا منهما، ومن أجل أن يقيم هذا الاتجاه بناء مستقلا للتحكيم، أخذ في التركيز على عوامل اختلاف التحكيم من العقد، ومن العمل القضائي، وذلك أوجه استقلاله عنهما وحاول إظهارها والتأكيد على اختلاف النظريات السابقة التي قال بها في هذا الشأن رغم عدم إنكاره لأوجه التقارب والشبه بين أحكام التحكيم وأحكام القضاء، حيث أن أوجه الشبه هذه لا تبرر اعتبار التحكم نظاما قضائيا[1].

---

[1] رضا إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، طبعة 03، 1997 ص 34.

التحكيم عند بعض أنصار هذا الاتجاه هو: "نظام قانوني يمكن الأطراف من حل نزاعهم عن طريق القضاء" أو أنه" أسلوب ثالث لحل المنازعات لا يقوم على السلطة العامة مثل القضاء كما لا يتم ذاتيا برضاء الطرفين مثل الصلح وإنما بنزول أطراف النزاع على رأي نظير لهما يثقان في رأيه"[1].

الذي يبدو من هذين التعريفين أن التحكيم عند أصحاب هذا الاتجاه له طبيعته الخاصة وذاتيه المستقلة التي تميزه عن العقود وكذلك عن أحكام القضاء، فالتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما، وليس هناك ما يدعو أو يبرر الزج به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور ويختلف معها في أمور أخرى.

وقد ذهب بعض الشراح إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة خاصة، لأن أصحاب الطبيعة العقدية للتحكيم لم يستطيعوا أن يتفقوا على طبيعة هذا العقد، فهل هو عقد من عقود القانون العام أم عقد من عقود القانون الخاص، وهل هو عقد ينظم الشكل أو ينظم الموضوع، حتى الذين يقولون بأنه عقد من عقود القانون الخاص قد اختلفوا في تحديد ماهية ذلك العقد، فتارة يقولون عقد عمل وتارة يقولون عقد وكالة.

كذلك أصحاب الطبيعة القضائية للتحكيم لم يستطيعوا الفكاك من اعتبارات النظام القضائي الداخلي، فالبعض منهم يرى أنه مجرد بطانة للقضاء الوطني والبعض الآخر يرى أنه تفويض صادر من الدولة للمحكم لإقامة العدالة بين الخصوم، أما أصحاب الطبيعة المختلطة للتحكيم فيكفي القول بأن موقفهم فيه نوع من الهروب للتصدي الجدي لمشكلة تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

وإذا كان التحكيم يعني الرغبة في فض النزاع بطريقة ودية بين الأفراد، فإن ذلك يعني أن نأخذ عند تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بفكرة مستقلة عن النظم الداخلية، فالتقسيمات والأنظمة الداخلية لا تعد القوالب المناسبة لوضع نظام مميز للتحكيم في إطارها، لأن ذلك سيكون على حساب الحقائق العلمية.

[1] **أنظر الدكتور وجدي راغب فهمي**: هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق، عدد/ 01، 02، السنة 17، مارس / يونيو 1993.

يجب أن ينصب البحث في هذه المسألة على حصر العناصر ذات الطابع الإداري -التعاقدي- للتحكيم.

وتميزها عن تلك العناصر ذات القضائي، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل عنصر من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم وإعطائه الطبيعة الذاتية المستقلة، الجهد يجب أن لا يتوقف على محاولة إذابة أحد العنصرين في الآخر أو محاولة المزج بينهما وإنما تحليلهما تحليلا دقيقا يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما.

فاتفاق التحكيم وإن كان عقدا يتمتع بالخصائص العامة للعقود إلا أنه يتميز عنها بهدفه وموضوعه، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية مبتدئة بين طرفين، مالية كانت أو شخصية، وإنما تسوية النزاع الناشئ عن علاقة قانونية سابقة، وموضوعه ليس التراضي على تسوية نهائية للنزاع محددة بذاتها، وإنما إقامة كيان عضوي (فردا كان أو هيئة) ترفع إليه ادعاءات الطرفين لتولي الفصل فيها استقلالا عنهما.

أما عن عمل المحكم فهو بالضرورة حسم النزاع وفقا للمبادئ العامة التي يضعها النظام القانوني وأهمها مبدأ المساواة ومبدأ الوجاهية إلى غير ذلك من المبادئ القضائية مع دخول اتفاق التحكيم في عداد الاتفاقيات المطروح تطبيقها على المحكم، أي أن المحكم عليه أن يطبق شروط اتفاق التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي عندما يطبق شروط عقد معين متعلق بالنزاع المطروح عليه، فالمحكمة هنا يطبق اتفاق التحكيم للتعرف على حدود المنازعات التي تدخل في ولايته وللتعرف على القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة الإعمال في صدد النزاع وعلى ذلك يكون اتفاق التحكيم مصاحبا لأداء الوظيفة القضائية للمحكم.

وعلى ذلك نخلص إلى أن التحكيم قضاء اتفاقي يتقيد بنصوص اتفاق التحكيم وبالنصوص القانونية التي تفرض على المحكم الالتزام بها، لذلك يجب أن نبتعد عن القوالب التقليدية لتحديد طبيعة التحكيم، فهو ظاهرة وإن سبقت القضاء في الوجود، إلا أنه ليس أحد السلطات العامة في الدولة مثل القضاء، كما أنه لا يجوز في كل منازعة، حيث يجب أن تكون المناعة قابلة للتحكيم، فربط التحكيم بفكرة تقليدية عقدية كانت أم قضائية،

ربما كان ذلك ذا فائدة في الماضي ولكن تلك الفكرة قد تقف الآن عائقا أمام التوصل إلى نظرة شاملة وواضحة لظاهرة التحكيم التي باتت تفرض نفسها على منازعات التجارة

كما أنه في ظل الطبائع المتعددة للتحكيم لن يكون مستبعدا اللبس والخلط لأنه يصعب وضع معيار واحد يمكن على أساسه تحديد طبيعة التحكيم وحتى ما إذا حاول البعض إفراد هذه الطبيعة في عدد محدود، فلن يلبث أن يتحول نوع منها إلى آخر كما حدث في نظام التحكيم بصلح، فقد كان في الأصل قريبا من التوفيق حيث كان هناك اقتراح للأطراف اختيار قبوله أو رفضه، ولكن التطور لحق به فاعتبر هذا الاقتراح حكما وأصبح الأطراف ملزمون به، الأمر الذي يجعلنا نؤيد الطبيعة المستقلة للتحكيم.

ويثور التساؤل الآن: من أين يستقي التحكيم هذا الطابع الخاص وهذه الذاتية المستقلة؟.

ويجيب بعض الشراح على هذا التساؤل ويقولون:

إن التحكيم لا يجد أساسه في القوانين الداخلية للدول فحسب وإنما أيضا في أنظمة ولوائح هيئات ومراكز التحكيم المنتشرة في مختلف دول العالم، والتي يلجأ إليها الأطراف في صورة ما يعرف بالتحكيم النظامي (وفق نظام معين).

وكذا ما تنظمه المعاهدات المتعلقة بالتحكيم سواء كانت ثنائية أم جماعية ونماذج القوانين الدولية الموضوعة من قبل هيئات دولية وقرارات المنظمات الدولية.

الفرع الثاني:
تكييف اتفاق التحكيم التجاري الدولي

أولا: المعيار القانوني كأساس لتعريف التحكيم التجاري الدولي:

يعتبر هذا المعيار فكرة العقد الدولي غير قابلة للتغيير لذلك تم تقييمه من طرف الفقه المختص منهم الأستاذ " لوسوران " إلى القول بأن:

" المعيار القانوني الجامد أفضل لاشك من المعيار الاقتصادي المتغير"، كما يرى الأستاذ "باتيفول" بأن: " المعيار الاقتصادي لا يتلاءم مع التوسع في طوائف جديدة من

العقود كما لم يصلح لمواجهتها وتحديد نطاق تطبيقها الخاص إلا المعيار القانوني، كما أن النظرية التقليدية لتنازع القوانين ستضل مستقبلا لها الصدارة في حل مشكلات القانون الدولي الخاص كما كانت من قبل"

فالعقد الدولي الذي يكون موضوع حركة دخول وخروج الأموال عبر الحدود لا يؤدي لا محال إلى وجود عنصر أجنبي في العلاقة الذي يرتكز بسبب التعاقد أو الجهة التي تنتقل إليها الأموال أو منها، ومن ثمة لا مفر من وجود عنصر أجنبي وهذا ما يمثل المعيار القانوني لدولية العقد مما يمكن إسناده إلى قانون أجنبي[1].

فالمعيار القانوني للعقد الاقتصادي الدولي يقوم على العنصر الأجنبي، إذ قد يجمع العقد بين أطراف ذوي جنسيات مختلفة في حين أنه يخص بلدا واحدا مما يجعل المعيار القانوني أكثر ملائمة وانتشارا في العقود التجارية الدولية من غيره، لكن رغم ذلك فإن مجرد توافر عنصر أجنبي في العقد لا يكفي في ذاته لإضفاء الصفة الدولية على العلاقة إذ ينبغي حصر كل العناصر الأجنبية التي بها يعتبر العقد دوليا والبحث في العنصر المؤثر في العلاقة دون الاكتفاء بالعنصر الضعيف أو المحايد.

ومن الدول التي أخذت بالمعيار القانوني نجد: سويسرا في القانون الفديرالي، المؤرخ في: 1987/12/18، المتضمن القانون الدولي الخاص وذلك في المادة 176 منه.

إن تبني هذا المعيار يعكس لا محال استقلال إرادة الأطراف وحريتهم في اختيار القانون المطبق على العلاقة، لكن إطلاق العنان لهذه الحرية قد يكون على حساب النظام العام والآداب العامة أو استعمال هذا المعيار للتهرب من قانون معين لأسباب عدة (ضريبية مثلا).

فالاعتماد على رابطة مكان الإبرام مثلا دون غيرها من العناصر الأخرى (كالجنسية، أو مكان التنفيذ أو الإقامة وغيرها باعتبارها عناصر يقوم عليها هذا المعيار) يؤدي في بعض الأحيان إلى صعوبة تحديد صبغة العقد الدولية كأن يبرم عقد بين طرفين ذوي جنسيات مختلفة في بلد أحد الطرفين مما دفع بالفقيه "دينوفا، Dinova " إلى القول

---

[1] أنظر الدكتور: **منير عبد المجيد**: المرجع السابق، ص 19، 20.

بفكرة اختلاف الجنسية لإضفاء الطابع الدولي للرابطة، حيث يرى بأن: "مكان إبرام العقد لا يؤدي حتما إلى اعتبار العقد دوليا، حيث إذا تم إبرام العقد في إيطاليا فإنه يطبق عليه القانون الإيطالي، وإذا تم الإبرام في دولة أخرى، يطبق قانون تلك الدولة".

فأمام هذه التعقيدات وغيرها نجد التشريعات المقارنة تفرض ضرورة وجود رابطة بين العقد والقانون المطبق في التحكيم التجاري، حيث يرجع الكشف عن مدى هذا الترابط إلى القاضي الذي يتفادى الإشكالات التي قد تنجم عن الأخذ بالمعيار القانوني[1].

ثانيا: المعيار الاقتصادي كأساس لتعريف التحكيم التجاري الدولي:

أمام تضارب أراء الفقهاء حول المعيار القانوني للتحكيم التجاري الدولي، ومع تطوره في العلاقات التجارية الدولية ظهر المعيار الاقتصادي حديثا إلا أنه يختلف من دولة إلى أخرى نظرا لاختلاف الأنظمة السياسية والاقتصادية، فقد ظهر أساسا في فرنسا إذ يقوم على ثلاثة معايير وهي:

1-/ معيار تحرك الأموال، أي الدخول والخروج عبر الحدود، أي عملية توريد وتصدير وهذا ما يطلق عليه بمعيار ''Matter Paul'' حيث اعتمده الفقه والقضاء الفرنسي سنة 1927.

2-/ وكذلك معيار تجاوز العقد للإطار الاقتصادي الداخلي.

3-/ وأخيرا معيار اشتراك مصالح الاقتصاد الدولي.

وقد عرّف المشرع الفرنسي التحكيم وفقا للمعيار الاقتصادي في المادة: 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل سنة 1981، حيث تنص على أنه " Est internationale arbitrage qui met en cause des intérêt du commerce internationale".

فالصفة الدولية للعقد وفقا للمعيار الاقتصادي تؤدي إلى استبعاد اعتبار التحكيم التجاري دوليا إذا لم يكن موضوعه مصالح تجارية محل نزاع بين الأطراف، وبالتالي يستبعد هذا المعيار المعايير الأخرى.

---

[1] **Terki Nour eddine** : L'arbitrage commerciale internationale. OPU, Alger, P 24.

وقد أخذ المشرع المصري بنفس المعيار حيث نصت المادة 02 من القانون رقم: 27 لسنة 1994 المتضمن التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بتاريخ: 1994/05/22 على أنه " يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية، عقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية، ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها، ونقل التكنولوجيا، وعقود التنمية وعملية البنوك التأمين والنقل، وعمليات التنقيب لاستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية".

فالتحكيم هنا يكون تجاريا إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، فالعمل التجاري حسب هذه المادة لا يقتصر على التجارية بالمفهوم التقليدي، بل يمتد إلى كل النشاطات المتعلقة بالاستثمار حتى ولو اعتبرت بعض النشاطات المذكورة في المادة أعلاه، أو غير المذكورة من قبيل الأعمال المدنية أو التجارية بالمفهوم الكلاسيكي (حسب المادتين: 02، 03، من القانون التجاري المصري).

لقد اعتبر المشرع الجزائري في القانون السابق بمادته: 458 مكرر. التحكيم دوليا لما يختص بالنزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد طرفيه على الأقل في الخارج وبذلك يكون المشرع اعتمد المصالح التجارية الدولية وهو الأخذ بالمعيار الاقتصادي ومعيار المقر والموطن لأحد الطرفين أخذا بالمعيار القانوني، أما القانون الجديد فقد اعتمد معيارا أوسع وهو المصالح الاقتصادية لدولتين، وما يعنيه المشرع هنا ليس ما انصرف إليه البعض من أن الاتفاقية تعني دولتين مباشرة ولكن ما تعنيه هو اقتصادهما ككل. إذ تنص المادة: 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أن "... يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل وهو ما يقارب التشريع الفرنسي.

لكن البعض من الفقه لا يوافق المشرع المصري بصدد صياغة المادة 02 من قانون التحكيم الجديد عندما أدرجت في صلبها أمثلة عن ميدان التجارة الدولية، إذ نفضل عدم إدراج أمثلة في شكل مواد تفاديا لتطويل المادة القانونية وإلا فهل كان على المشرع الفرنسي مثلا في نص المادة: 1492 أن يعدد فيها النشاطات التي تخضع للتحكيم التجاري الدولي وإلا اعتبرت المادة ناقصة[1].

وتطبيقا للمعيار الاقتصادي، حكمت محكمة باريس في: 1980/12/09 بأن: "التحكيم الذي يتم بين شركة فرنسية وشركية تركية لتسوية نزاع حاصل بمناسبة تنفيذ عقد يتعلق بتسليم بضاعة لتركيا يمثل طابعا دوليا متى كان يثير مصالح التجارة الدولية".

وذهبت عكس ذلك محكمة استئناف "رووان، Rouen" في 1986/11/27، إلا أنه لا يمكن تكييف التحكيم بأنه دولي لمجرد اشتراط أن القانون المطبق هو قانون أجنبي في الوقت نفسه فإن العقد المتنازع عليه متعلق بنقل الذرة من ميناء فرنسي "Rouen" إلى ميناء فرنسي "points de galets". فإن التحكيم المتفق عليه يكون داخليا ولو كان الناقل من جنسية سويسرية وكان المجهز من جنسية بانامية[2].

ومن هنا نستنتج أن المعيار يقوم على أساس حركة دخول وخروج الأموال عبر الحدود أمام هذا التطور للتحكيم حسب المعيارين السابقين نطرح السؤال الآتي عن التحكيم التجاري الدولي بالجزائر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر مؤخرا الذي سنعالجه لاحقا.

المبحث الثاني:

اتفاق التحكيم و صورها المختلفة وشروط صحته:

---

[1] **أنظر الدكتور**: عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي منشأة المعارف، القاهرة 1995 ص 20، 21.

- **أنظر الدكتور**: منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 15 وما بعدها: " لأن تفصيل ذلك يدخل في عمل الفقه والقضاء ولو أن القوانين التجارية غالبا ما تعرف العمل التجاري الأصلي والتبعي دون أن تحدد أمثلة نظرا لصعوبة حصر النشاط التجاري المتزايد والمتغير، ويبدو أن المشرع المصري أخذ بالحالات التي أخذ بها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 3/01 حيث وردت ثلاثة حالات، وقد أضاف المشرع المصري حالة رابعة.

[2] - كما حكمت محكمة استئناف باريس في: 1980/03/14 بأنه: " يعتبر التحكيم دوليا ذلك الذي يتعلق بعقد مبرم بين مقاول أجنبي ومقاول فرنسي من الباطن ويبين من عقد المقاولة من الباطن أنه يرتبط ارتباطا وثيقا بعقد أصلي كان قد أبرم بقصد أن يتم تنفيذه من حيث التسليم والوفاء في فرنسا وكان النزاع الناشئ بصفة أساسية يخص متطلبات فنية لربط عمل أجنبي تم تمويلها بمعرفة المقاول الأجنبي لمقاول من الباطن"

فالعبرة إذن بدخول وخروج الأموال من وإلى إقليم دولة معينة بغض النظر عن العنصر الأجنبي الآخر.

اتفاق التحكيم هو ذلك التصرف القانوني الذي يتفق بمقتضاه الفرقاء على حل النزاع الناشئ أو المحتمل نشوئه بواسطة التحكيم ويمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، يجعل من محاكم الدولة غير مختصة لنظر فيه، كما يعرف اتفاق التحكيم على شكل أكثر توسعا وتفصيلا بأنه: "...تصرف قانوني يتخذ شكل اتفاق مكتوب، ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان إجراءات التحكيم، وقد يحدد كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون، وعادة ما يكون اتفاق التحكيم لاحقا على نشوء النزاع[1].

إلا أنه بالرجوع إلى التشريعات المقارنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي نجد أنها لم تعرف اتفاق والتحكيم، بل أكدت في مجملها على أن الاتفاق التحكيم قد يبرم حين نشوب النزاع أو قبله أو يكون اتفاق قائما أو مستقبليا.

و هذا ما سنستقرئه بالقانون الفرنسي لسنة 1981 في المادتين 1493 – 1994 و المادة 1/9 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 و كذا المادة 1/7 من القانون النموذجي للأونيسترال التي نصت على أن: " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأة أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية ، و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"

المطلب الأول:
أشكال الاتفاق

إن المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فتعرفه كما يلي" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل بموجبه الأطراف عرض النزاع سبق نشوءه على التحكيم".فأن المشرع الجزائري بهذا النص قد اقتصر في اللجوء إلى التحكيم بالاتفاق على نزاع سابق و لم يتطرق إلى النزاع الأحق، أما المشرع المغربي[2] قد واكب التشريع الفرنسي على تغطية النوعين من النزعات الناشئة أو التي ستنشأ مستقبلا.

[1] **أنظر .د. عبد الحميد عشوش** : التحكيم كوسيلة لفض النزاعات في مجال الاستثمار. دراسة مقارنة مؤسسة شهاب القاهرة 1990 ص 16 17
[2] **راجع: أ. محمد محمودة** : دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي و المقارن. مجلة المحكمة العليا المرجع السابق ص 309.

ويتخذ اتفاق التحكيم شكلين، فإما أن يرد في شكل عقد يتفق بموجبه الأطراف على حل النزاع الناشئ بينهم عن طريق التحكيم و يخضع هذا العقد إلى القواعد العامة التي تحكم العقود إضافة إلى القواعد الخاصة بالتحكيم و منها وجوب إثبات العقد بالكتابة سواء في سند عادي أي رسمي أو مستند آخر له قيمة السند، و يستوجب تحديد موضوع النزاع في عقد التحكيم تحت طائلة بطلانه، على أن يكون هذا التحديد بشكل واضح كما يجب تعيين المحكم أو المحكمين بأسمائهم و صفاتهم، أو تبيان الطريقة التي يعينون بها هؤلاء، و قد نصت المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه يحصل اتفاق التحكيم كتابيا ويجب أن يتضمن تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وإذا رفض المحكم المعين القيام بالمهام المسندة إليه، يستبدل بأمر من رئيس المحكمة المختصة.و قد أجازت المادة 1013 من نفس القانون اللجوء إلى إبرام عقد التحكيم حتى أثناء سير الخصومة أمام الجهة القضائية.

أما الشكل الثاني من اتفاق التحكيم يمكنه أن يتأتى في شكل بند يجوز للمتعاقدين أن يدرجوه في العقد الاستثماري وينص على أن تحل بطريقة التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح و التي تنشأ عن تنفيذ العقد أو تفسيره، و يتجلى على صحة البند التحكيمي شرط كتابته في العقد، أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد،و يجب أن يشتمل تحت طائلة بطلانه على تعيين المحكم أو المحكمين أو صفتهم أو على الطريقة التي يعينون بها هؤلاء ولا يشترط أن يشتمل البند التحكيمي على تحديد دقيق لموضوع النزاع وكما هو الشأن بالنسبة لارتباط عقد التحكيم بالعقد الأصلي (الاستثماري)فان بند التحكيم يعتبر أيضا مستقلا عن العقد الأصلي، فان ورد باطلا فلا يؤثر على العقد الأساسي هذا البطلان، ففي شرط التحكيم تنص المادة 1007 على شرط التحكيم لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

وبمفهوم المخالفة فقد نصت المادة 1040 بفقرتها الأخيرة على أنه لا يمكن الاحتجاج على عدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

المطلب الثاني:

الصور التي يتخذها اتفاق التحكيم:

لاحظنا أن النزاع لا يمكن عرضه على المحكمين إلا باتفاق ذوي العلاقة اتفاقا واضحا على الفصل فيه بطريق التحكيم، وهذا الاتفاق يأخذ إحدى الصور من النوعين بحسب التصنيف الفقهي:

الفرع الأول:

شرط التحكيم

هو عبارة عن نص وارد ضمن نصوص عقد معين يقرر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد أو تنفيذه.أو الاتفاق الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه - في العقد المبرم بينهم- على أن يتم الفصل في المنازعات المحتملة النشوء بينهم بسبب هذا العقد من خلال التحكيم[1] و يأتي شرط التحكيم بصيغة عامة، بحيث لا يتطرق إلى التفصيلات ولكن يشير إلى عرض النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل على التحكيم وهذا لا يمنع من تحديد الإجراءات الأخرى، وقد يرد الشرط في العقد أوفي وثيقة مستقلة، ويجب أن يرد قبل نشوء النزاع.

ويتميز شرط التحكيم بكونه له فائدة وقائية إذ يستبعد الاختلاف والتعطيل في مسار عرض النزاع الذي ينشأ عند إبرام مشارطة التحكيم، لأنه يرد قبل نشوء النزاع وينقسم شرط التحكيم إلى:

1-/ شرط تحكيم عام: حيث يحال إلى التحكيم جميع المنازعات التي ستنشأ في المستقبل دون استثناء و المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد.

2-/ شرط تحكيم خاص : وذلك ما يظهر من خلال النص على إحالات بعض النزاعات إلى التحكيم دون البعض الآخر قبل نشوء النزاع، ولقد أخذت الأنظمة القانونية المختلفة بشرط التحكيم، حيث اعترف المشرع الفرنسي بشرط التحكيم في مجال العلاقات الناشئة عن التجارة الدولية.

وقد اعترف المشرع المصري بشرط التحكيم، حيث أورد في قانون 27 لسنة 1994 بالمادة 2/10 أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قم

[1] **د. حفيظة السيد حداد:** الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم. دار الفكر الجامعي. الإسكندرية 2001ص14.

مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن النزاع أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الأردني، حيث أجاز اللجوء إلى التحكيم بواسطة بشرط التحكيم سواء ورد بذات العقد أو في عقد مستقل بشأن كل أو بعض المنازعات المستقبلية قبل نشوء النزاع[1]

ولا شك أن جميع التشريعات العربية المذكورة قد استقت ذلك مما أورده القانون النموذجي من أحكام حيث أجاز اللجوء إلى التحكيم بواسطة شرط التحكيم يرد في ذات العقد، أو عقد منفصل قبل نشوء النزاع[2] و قد اعترفت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 باتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بواسطة شرط التحكيم يخضعون بموجبه كل أو بعض النزاعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، و توسعت الاتفاقية في معنى شرط التحكيم، إذ اعتبرت الاتفاق الذي تتضمنه الخطابات المتبادلة و البرقيات شرط صحيح[3] و لكن شرط أن يرد قبل نشوء النزاع الجدير بالذكر أن شرط التحكيم أكثر انتشارا من مشارطة التحكيم حيث أن حوالي 80% من عقود التجارة الدولية تتضمن شرط التحكيم[4] خصوصا في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها ويكون الطرف الآخر شخص خاص أجنبيا حيث أن الطرف الأجنبي لا يطمأن إلى حياد قضاء الدولة الوطني، وبالتالي يغل يده عن إصدار حكما في النزاع قد يكون مجحفا بحقه.

وتثار في هذا الصدد مسألة صحة شرط التحكيم وذلك عندما يرد في عقد غيرصحيح أو باطل أو منعدم. فان الرأي الراجح في الفقه والقضاء يؤكد استقلالية شرط التحكيم حيث يعد شرطا صحيحا حتى ولو ورد في عقد غير صحيح أو باطل وكذلك فان مشارطة التحكيم لم يحكم بخطورتها قبل شرط التحكيم .

[1] المادة 11 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 حيث تنص على أنه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع سواء كان مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل النزاعات أو بعضها التي قد تنشأ بين الطرفين.

[2] راجع المادة 1/7 المذكورة سلفا.

[3] راجع المادة 1/2 من اتفاقية نيورك من سنة 1958.

[4] راجع د.مراد محمود المواجدة. التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة 2010 ص 27 دار الثقافة العامة لنشر و التوزيع.

فلا شك وأن الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم حين وروده في عقد غير صحيح يعمل على تشجيع نظام التحكيم ككل ويدعم مكانته بين النظم القانونية المختلفة لتسوية النزعات الناشئة في مجلات التجارة الدولية و قد أخذ المشرع المصري بفكرة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي[1] وسار على خطاه المشرع الأردني[2].

حيث اتخذ موقفا واضحا و محددا أيد بموجبه استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي واعتبره عقدا قائم بذاته على الرغم من أنه يعتبر جزء من هذا العقد، فلا يطرأ شيء إذا حكم ببطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الذي يحتوي شرط التحكيم ،وكذلك جاءت الاتفاقيات الدولية بنصوص صحيحة تؤيد مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، فلا يترتب على بطلان العقد الأصلي بطلان شرط التحكيم وهو ما نص عليه القانون النموذجي اليونيسترال[3] .

الفرع الثاني:

مشارطة التحكيم:

هي عبارة عن اتفاق يبرمه الأطراف استقلالا عن العقد الأصلي بعد نشوء نزاع فعلي بينهما بهدف اللجوء إلى طريق التحكيم لفض هذا النزاع[4]، فهي تكون في حالة مجيء العقد المبرم بين الأطراف خاليا - عند نشوء النزاع - من شرط التحكيم فيتم إبرام مشارطة تحكيم من أجل عرض هذا النزاع عن التحكيم لحله، ولذلك فهي اتفاق بينهم بمناسبة نزاع قائم فعلا[5].

و تعد المشارطة عقدا في موضوع النزاع نشأ فعلا و لذلك يشترط لصحة عقد المشارطة ما يشترط لصحة العقود الأخرى، و تعد من العقود المسماة، و قد تبطل المشارطة بسبب من الأسباب الواقعية باعتبارها عقد مستقلا ومادام أن المشارطة عقدا فهذا لا يمنع الأطراف من إبرامها حتى قبل نشوء النزاع.

---

[1] راجع المادة 27 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994.
[2] المادة 23 من قانون التحكيم الأردني.
[3] أنظر المادة 1/16 ،21 من القانون النموذجي.
[4] د. حسام الدين فتحي ناصف: قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة 1999 ص 14.
[5] انظر في هذا المعنى :د. فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي ص18 .

كما أنه يجوز إبرام مشارطة التحكيم بعد قيام النزاع فمن الجائز إبرامها بعد أن يلجأ الأطراف إلى القضاء العادي حتى لو تبين لهم- بعد إقامة الدعوى- إن مصالحهم تتفق مع ترك النزاع أمام القضاء وإبرام اتفاق التحكيم بينهم.كما يجب تحديد المسائل المتنازع عليها، والتي يرغب الأطراف في عرضها على المحكمين في صلب مشارطة التحكيم[1]، لذلك فان من مميزات المشارطة أنها تتضمن الكثير من التفصيلات، أما شرط التحكيم فهو يأتي بشكل مجمل في الغالب ولا يعدو أن يكون إلا بندا من بنود العقد.

وكما هو الحال بالنسبة لشرط التحكيم فقد أخذت معظم التشريعات بجواز اللجوء لتحكيم عن طريق إبرام مشارطة تحكيم، ومنها التشريع الجزائري[2] إذ تنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن "تسري اتفاقية التحكيم على النزعات القائمة و المستقبلية"، وأخذت أيضا الاتفاقيات الدولية بأسلوب مشارطة التحكيم بفضل المنازعات القائمة فعلا بين الأطرف.

المبحث الثالث:

أنواع التحكيم ومبررات اللجوء إليه:

إن إرادة أطراف العلاقة الاستثمارية أو المنازعة التي تنشأ بصددها هي جوهر التحكيم لهذه الإرادة في مساره وتهيمن عليه منذ بدايته بالاتفاق على التحكيم وحتى نهايته بصدور حكم فيه ملزم للأطراف، فهذه الإرادة تتولى اختيار المحكمين وتحديد عددهم والإجراءات التي يجب أن تتبع لحل النزاع والقانون الواجب تطبيقه. ونظرا لسلطان الإرادة في عملية التحكيم أدى ذلك زيادة الإقبال للأفراد والدول على اللجوء إلى التحكيم أسلوبا لحل ما يثور بينهم من منازعات خاصة في مجال المعاملات ذات الطابع الدولي، ونظرا لتعدد المعاملات التجارية أصبح التحكيم الوسيلة المثلى لحل المنازعات التي تثيرها ومن ثمة تعددت أنواع التحكيم تبعا للمعيار المتخذ في التفرقة بينهما.

[1] المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 تنص ...كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع و لو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية و في هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم و إلا كان باطلا.

[2] المادة 1040 من قانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 .

المطلب الأول:
أنواع التحكيم

فمن حيث وجود المنظمة أو مؤسسة تحكيمية تشرف على إدارة التحكيم ينقسم التحكيم إلى تحكيم الحالات الخاصة أو -التحكيم الحر- والتحكيم المؤسستي أو تحكيم المؤسسات أو المنظمات التحكيمية الدائمة.

وينقسم التحكيم بالاستناد إلى مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح، كما ينقسم التحكيم إلى تحكيم دولي وتحكيم داخلي، وقد تختلف المعايير المستخدمة من أجل وصف هذا التحكيم بالدولية على النحو الذي سنعرض له لاحقا.

وينقسم التحكيم بالنسبة إلى تأصيل وجوده بسلطان الإرادة أو إلى انعدامها إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري.

الفرع الأول:
التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

ينقسم التحكيم من حيث مدى وجود منظمة تديره إلى تحكيم الحالات الخاصة وتحكيم المؤسسي.

أولا: تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر[1]:

التحكيم الحر تحكيم الحالات الخاصة: "هو ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه"[2].

ويتميز تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الحر بعدم وجود إشراف من منظمة تحكيم، فالأطراف تشتغل بوضع نظام لإجراءات التحكيم، وقد تحيل الأطراف من أجل

---

[1] يطلق على التحكيم الحر تسمية التحكيم الخاص AD HOC.

[2] **راجع: د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال**: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. ط 1، 1998. ص 26 وما بعدها.

تحديد هذا النظام إلى قواعد تحكيم وضعت أصلا لهذا الغرض كما هو الحال في اللائحة التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للتنظيم التجاري الدولي عام: 1986.

ويذهب جانب من الفقه إلى الإشارة بأن تحكيم الحالات الخاصة هو التحكيم أكثر وفاء لخصوصية سرية التحكيم ويترتب على ذلك أنه يعد من الأنواع الأكثر ملائمة للعلاقات الاقتصادية التي تتطلب السرية كما هو الحال في عقود نقل التكنولوجيا، كذلك فإن هذا التحكيم يناسب التحكيمات التي تكون الدولة أحد الأطراف فيها، فالدولة ذات السيادة وحينئذ تذهب إلى التحكيم، فإنها لا ترضى به إلا إذا فصلته على القياس والشكل الذي يراعي سلطتها وسيادتها، وكثيرا ما يحصل ذلك في منازعات تكون أطرافها الدولة ذاتها أو مصالح حكومية تابعة لها.

ولكن مفهوم الدولة الذي أوجد نوعين من المؤسسات التابعة للدولة منها ما يرتبط بمرافق عامة، ومنها ما هو نشاطات اقتصادية وتجارية تتمتع بطابع خاص من الذاتية والاستقلالية المالية والإدارية، هذه المؤسسات حينما تكون طرفا في النزاع لا تثير مسألة سلطة وسيادة الدولة فهي ترضى ثم تذهب بسهولة إلى تحكيم مراكز التحكيم، لكن النوع الآخر من المؤسسات العامة أو الوزارات فإنها لا تقبل إلا بالتحكيم الذي تساهم في تنظيمه وتشكل محكمته التحكيمية بحيث تختار هي محكمها وتختار هي وخصمها المحكم الثالث، وتنظم هي وخصمها إجراءات التحكيم وأصوله ثم تتولى المحكمة التحكيمية التي أوجدوها بالاتفاق النظر في الخلاف والفصل فيه بحكم لا يكون خاضعا لرقابة هيئة حقوقية دائمة أخرى، ففي التحكيم الحر إن كانت كمية المنازعات التي تحل عن طريقه هي أقل إلا أن نوعية المنازعات التي تحل عن طريقه عديدة لأنه يناسبها أكثر لا سيما المنازعات الكبرى بين الدول حول المواضيع التجارية والمالية، أو المنازعات بين الشركات متعددة الجنسيات، ومن هنا فإن هذه الظاهرة التي لفتت النظر في الوقت المعاصر هي أن هناك نوعين من التحكيم.

تحكيم مراكز التحكيم (**Institutionnel**) وتحكيم المحكمة التحكيمية التي ينشئها الأطراف خصيصا لحل النزاع وتسمى تحكيم الحالات الخاصة، كلاهما له مكانته

ومنازعته، ويمكن القول أن تحكيم الحالات الخاصة هو تحكيم على المقاس وتحكيم مراكز التحكيم هو تحكيم (جاهز) في مقاييسه ومعاييره.

ثانيا: التحكيم المؤسسي: (النظامي):

لقد فرض التحكيم أهميته وجدواه بل ضرورته في مجال العلاقات التجارية الدولية، مما استدعى قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة في مجال التحكيم بما تملكه من إمكانيات علمية وفنية مادية وعملية ولوائحها الخاصة في إجراءات التحكيم، ولقد أنشأت العديد من تلك الهيئات سواء على المستويات الإقليمية أو الدولية ومن أهمها في الوقت الراهن، المحكمة الدولية للتحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، ومحكمة التحكيم بلندن، والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن، والمركز الإقليمي للتحكيم التجاري للقاهرة.

ويتميز التحكيم المؤسسي بالسهولة واليسر، فهذه الهيئات لديها قوائم بمحكمين من كافة الخبرات مما يساعد أطراف النزاع على عملية اختيار المحكم المناسب كما أن لهذه المنظمات لوائح تنظيم إجراءات التحكيم، وهي إجراءات سهلة وغير مكلفة، كما أنها تقدم الأعمال الإدارية التي تتطلبها عملية التحكيم كأعمال السكريتارية، والترجمة والحفظ. فضلا عن أنها توفر المساعدة للطرف الذي يصدر لصالحه الحكم ويرغب في تنفيذه.

رغم هذه الإيجابيات التي يتسم بها التحكيم المؤسسي بيد أن له بعض السلبيات وهي أن هذه الهيئات التي تتولى الاضطلاع بالتحكيم قد تنساق في كنف الدول الصناعية، ومن ثمة فكثيرا ما كانت نظم ولوائح هذه الهيئات تبتغي رعاية مصالح الدول المتقدمة على حساب مصالح الدول النامية، ونظرا لعدم معرفة النزاع للمحكمة الذي يتم اختياره بمعرفة المركز أو المنظمة من القوائم المعدة، فإن غالبا ما تتزعزع ثقة الأطراف في حيدة وأمانة هذا المحكم.

فعلى الرغم من انتشار التحكيم النظامي في العصر الحديث في مجال المعاملات الدولية لخاصة في إطار التجارة الدولية بسبب ظهور العديد من المراكز والهيئات ذات الطابع الدولي تضطلع بأعباء التحكيم الدولي في المعاملات التجارية، فإن كثيرا من

المنازعات يفضل أطرافها اللجوء إلى التحكيم الخاص (الحر) كما هو الشأن في منازعات عقود البترول.

الفرع الثاني:

التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

إن التحكيم الداخلي هو التحكيم الذي يتم طبقا لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم، فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم، ومن هذا النهج نلاحظ أن قوانين بعض الدول العربية تتطلب نصوصا تميز بين نوعي الدولي والداخلي مثل التشريع الجزائري الصادر في مرسوم عام 1993 والمعدل بالقانون رقم: 09/08 الصادر في:2008/02/25.

أما التحكيم الدولي الذي يقصد به التحكيم في مجال العلاقات التجارية الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها. ولقد وجد التحكيم الدولي مجاله الخصب خصوصا مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وازدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار.

الفرع الثالث:

التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح:

إن التحكيم بالقانون هو التحكيم الذي تلتزم فيه هيئة التحكيم بإنزال حكم القانون على المسائل القانونية المعروضة عليها، والأصل في التحكيم أن يكون تحكيما بالقانون وترتيبا على ذلك أنه إذا لم يتفق الأطراف على تفويض هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف فإن هيئة التحكيم تلتزم بالفصل في المنازعة وفقا للقانون، وإلا عدة مغتصبة لسلطة الفصل في المنازعة، كمحكم مصالح وهذا الأمر الذي لا يجوز إلا بناء على اتفاق صريح من الأطراف.

فالمحكمين في النزاعات التي تنشأ من الأطراف يكونون مفوضين بالحكم فقط وليس لهم تعدي ذلك إلى غيره ويتعين عليهم مقابل ذلك التقيد بالإجراءات والمواعيد

المتبعة أمام محاكم القضاء إلا إذا تم إعفائهم منها صراحة كما يتعين عليهم إضافة إلى ذلك أن يصدر حكمهم على مقتضى القانون.

والتحكيم بالصلح هو ذلك التحكيم الذي تخول فيه الأطراف لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المنازعة وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف دون التقيد بالقاعدة القانونية، وقد تنص القوانين الوطنية للتحكيم على كل من النوعين بالقانون والتحكيم بالصلح.

فعلى سبيل المثال تنص المادة: 4/39 من قانون التحكيم المصري رقم: 27 لسنة 1994 على أنه: "... يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون ...".

كذلك فإن المادتين: 1474، و 1479 من قانون المرافعات الفرنسي تنصان على آلية التحكيم بالصلح كما نصت المادة: 775 وما بعدها من قانون المحاكمات اللبناني على التحكيم المطلق أي التحكيم بالصلح.

كما نصت المعاهدات الدولية على ذلك النوع من أنواع التحكيم حيث أجازت المادة 42 من معاهدة واشنطن في فقرتها 3 لهيئات التحكيم المشكلة وفقا للمركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار. أن تفصل في المنازعات المعروضة عليها وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف إذا اتفقت الأطراف على ذلك.

وإذا كانت هيئة التحكيم بالصلح تتحرر من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية فإن ذلك لا يعني البتة أن هيئة التحكيم بالصلح غير ملزمة باحترام المبادئ الأساسية الموجهة للخصومة المدنية فالمحكم وإن كان مفوضا في التحكيم بالصلح يلتزم باحترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف واحترام مبدأ الوجاهية.

كذلك فإن المحكم حتى وإن كان مفوضا بالصلح لا يمكنه تجاهل القواعد الآمرة التي تمس بالنظام العام الدولي للدولة التي تتصل بها المنازعة المعروضة عليها والتزام المحكم المفوض بالصلح بمراعاة النظام العام الدولي لهذه الدولة يبرره ضمان الاعتراض

وتنفيذ حكم التحكيم الصادر عنه في هذه الدولة التي تتصل بها المنازعة المعروضة عليه بروابط وثيقة.

الفرع الرابع:

التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

في المعاملات التجارية والاقتصادية عندما تثور منازعة بها، قد تحال خصومتها على التحكيم نتيجة اتفاق بين الطرفين يختارون فيه المحكم ويعينون القانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم فيكون التحكيم عند إذن اختياري (Volontaire) مستندا في كليته إلى سلطان الإرادة. بينما يكون إجباريا (Forcé) إذا فرضه المشرع على الخصوم ووضع له القواعد المنظمة لأحكامه.

فالتحكيم الإجباري يستفاد منه انعدام الإرادة وهي جوهر التحكيم، حيث أن التحكيم مصدره الاتفاق وهذا النوع من التحكيم (الإجباري) يعتبر منافيا للأصل، التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يتصور إجراءاته تسلطا وإكراها وأبرز مثال على ذلك المادة: 90 من الشروط العامة لاتفاقية الكوميكون سنة 1968 التي تنص على أن جميع النزاعات المتعلقة ببيوع البضائع بين منظمات التجارية الخارجية والناشئة عن العقد يجب حسمها عن طريق التحكيم. كما أن المشرع الجزائري قد نظم التحكيم الإلزامي بموجب الأمر الصادر في: 1975/06/17[1].

وفي هذا النوع من التحكيم قد لا يكتفي المشرع بهذا القدر من التدخل، فيضع له تنظيما إجرائيا إلزاميا، بحيث لا يكون لإرادة الخصوم أي دور حيالها.

فالتحكيم الواقع في المعاملات التجارية الداخلية والخارجية على حد سواء يكون طبقا لقاعدة أصل التحكيم اختياريا، ومع ذلك فالتحكيم الإجباري قد كان في مجال التجارة الخارجية إلا أنه لم تعد له مكانة خاصة بعد انهيار الأنظمة الاشتراكية. فقد انهار مجال

[1] في سنة 1971 أخضع المشرع الجزائري لتحكيم المنازعات بين الشركات الوطنية بالقرار رقم: 80/71 الصادر في: 1971/02/29. ثم مدد نطاق هذا التحكيم سنة 1975 بموجب الأمر الصادر بنفس السنة بتاريخ: 1975/06/17 إلى كافة المؤسسات التي تملكها الدولة أو تملك الأكثرية برأس مالها، واعتبر لها التحكيم نزاعات الحقوق المالية أو حقوق التجهيز أو الصناعية أو تعاونيات قدماء المجاهدين، أو تعاونيات الثورة الزراعية أو الشركات المختلطة التي تكون الدولة مالكة لأكثريتها أو مؤسسات حين تكون لها التزامات مالية لها علاقة بالملكية العامة، سواء كانت شركات وطنية تجارية أو شركات مدنية (**للمزيد من التفصيل أنظر د. عبد الحميد الأحدب موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الإسكندرية، دار المعارف: 1998** صفحة 244.)

المعونة الاقتصادية المتبادلة باسم **"الكوميكون"** سنة 1991 وبالنتيجة زوال اتفاقية موسكو لسنة 1972 بشأن التحكيم الإجباري بين المؤسسات الاقتصادية للدول الأعضاء في هذا المجال.

المطلب الثاني:

تقدير مبررات اللجوء للتحكيم:

تعود مبررات اللجوء للتحكيم إلى اعتبارات عديدة مختلفة تدفع الأطراف المعنية إلى تفضيله عن قضاء الدولة نظرا لما يتسم به التحكيم من مزايا أهمها بما يلي:

يتسم التحكيم بسرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه، إذ يعتبر عامل الزمن حاسم في التجارة الدولية، حيث أن أطراف النزاع يرغبون في حسم النزاع في أقصر وقت ممكن حتى لا تتعطل أعمالهم و مصالحهم، و لكي يستأنفونها من جديد بكل ود، و التحكيم يعمل على تبسيط إجراءات الفصل في النزاع، و كذلك التحرر من الشكليات التي تكبل القضاء العادي[1]، و هو يغلق باب المماطلة و التأجيل التي يلجأ إليها الطرفان أمام القضاء لكسب الدعوى، و لا يوجد في التحكيم تعدد درجات التقاضي التي توجد في القضاء، بالإضافة إلى أن المحكم (L'ARBITRE) يصدر حكمه بشكل نهائي وملزم للخصوم.

كما يتسم التحكيم بقدر كبير من السرية حيث أن المعلومات تبقى سرا بين الأطراف و المحكم، و عدم حضور الجلسات إلا من قبل الأطراف فقط أو ممثلهم و عدم نشر الأحكام إلا بموافقة أطراف النزاع[2]. و لا شك أن السرية تحد من تضخم النزاع و تؤدي إلى التسوية الودية بين الأطراف، و السرية أمر كبير الأهمية في منازعات التجارة الدولية، حيث يترتب على العلنية الإضرار بمراكز أطراف النزاع، و تؤدي السرية إلى إمكانية استئناف الأطراف معاملتهم مستقبلا، و قد ترتب على إحاطة التحكيم بهالة من السرية التامة أن غالبية أحكام التحكيم لم يتم نشرها حتى في الوقت الحاضر.

---

[1] د.منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1995 ص

[2] نص قانون المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 2/44 " ...ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم، و كذلك قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 في المادة 42/ب " لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم" أنظر كذلك قواعد الأونيسترال مادة 2/32 " و لا يجوز نشر قار التحكيم إلا بموافقة كلا الطرفين.

وتعد تكلفة التحكيم قليلة مقارنة بقضاء الدولة حيث لا يتطلب رسوما للمحكمة و أتعاب للمحامين، بالإضافة إلى التغير الكبير في قيمة النقود بسبب طول الفصل في النزاع إذا ما عرض على القضاء و انخفاض القوة الشرائية للنقود خاصة بعد الهبوط أمام العملات الأجنبية وذلك إذا ما حكم بالحق بعد فترة طويلة، و كذلك تراكم الفوائد المختلفة مما يحمل الأطراف مبالغ كبيرة لا يضطرون إلى دفعها فيما لو لجأ إلى التحكيم.

تؤدي الطبيعة الفنية لبعض النزاعات إلى إحالة النزاع إلى محكمين متخصصين ذوي خبرة فنية و كفئة في موضوع النزاع، و هذا يؤدي إلى تقليل النفقات بما لو عرض على القضاء الذي سيحيله بدوره إلى خبراء لعدم توفر الخبرة الفنية لدى القضاة.

ويتسم التحكيم بالطبيعة الرضائية، حيث أن أطراف النزاع يلجئون إلى التحكيم بإرادتهم الحرة دون أن يكون مجبرين على اللجوء إليه و لذلك فان التحكيم يحافظ على العلاقة بين الأطراف، حيث لا يعتبر طريق هجوميا عنيفا بل طريق أقرب إلى التفاهم بين الأطراف[1]. كما يوحي بالثقة لتلاقي أطراف النزاع أمام هيئة تحكيم واحدة يطمأن كل طرف إلى وجهة نظره الفنية و القانونية و دفاعه قد وصل إلى مسمع خصمه و حكمه.

ولذلك و بدون وجود اتفاق تحكيم أو شرط تحكيم مبني على قبول الأطراف، فانه ليست للمحكم ولاية و لا سلطة في نظر النزاع، و لا يمكن إحضار الخصم أمام هيئة التحكيم بدون موافقته، و ليس لحكم التحكيم الصادر عندئذ أي أثر ملزم.

يؤدي التحكيم إلى التغلب على صعوبات كثيرة منها: تحديد المحكمة المختصة في منازعات التجارة الدولية، و تحديد القانون الواجب التطبيق، وعدم العلم بالقانون الأجنبي و باجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني، و عدم معرفة لغة القضاء، و هي صعوبات تؤدي إلى الخوف فيما لو تولى القضاء العادي الفصل في تلك النزاعات[2].

ويعد التحكيم بمثابة تأمين لطرف الأجنبي ضد مخاطر تعديل التشريعات الداخلية للدول المتعاقدة بشكل مفاجئ و بالتالي الإخلال بالبناء الاقتصادي للعقد و تغيير المراكز القانونية، وهو يحد من ضعف الثقة التي يستشعرها النشاط الاقتصادي تجاه القضاء

---

[1] **محي الدين علم الدين:** نص التحكيم التجاري ص8.

[2] **د. كمال عبد المجيد فيزارة** : أثر حكم التحكيم رسالة الدكتوراه كلية الحقوق جامعة عين الشمس. 2000 ص 42.

العادي و يعد التحكيم طريق لهروب المتعاقدين من الخضوع لأحكام القوانين الوطنية لدول المتعاقدة، و إخضاعها لأحكام قانونية مضمونة من جانب الطرف الأجنبي[1]. و التحكيم يمثل الطرف الأجنبي الحياد و الاستقرار في المعاملات لحماية استثماريته، حيث أن القوانين الداخلية في الدول النامية سهلة التعديل و الإلغاء،لذلك فهي تتصف بعدم الاستقرار[2]. و بالتالي فالتحكيم يزيل خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدول بالحصانة القضائية تجاه مطالبه، و التي تؤدي إذا ما تمسكت الدولة بها- احتراما لها- إلى إهدار حقوقه[3]. و لاشك أن التحكيم يؤمن الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة، من تدخل الدولة في شؤون القضاء و المساس بحياده و استقلاله و بالتالي انحيازه وراء مصالح الدولة التابع لها و الإضرار بالطرف الأجنبي.

على الرغم من هذه المميزات التي يتسم بها التحكيم، فانه لا يخلو من السلبيات المسجلة عليه و هي ما تتشكل في المظاهر التالية:

إن التحكيم قد يكون معقدا ومرهق وقد يستمر لفترة طويلة، إذ قد يلجأ الأطراف إلى المماطلة في إجراءات التحكيم دون مبرر، و يذكر في هذا المجال أن قضية أرانكو لم يصدر قرار التحكيم فيها إلا بعد ثلاثة سنوات من بداية التحكيم و جاءت محاضر جلسات في أربع أجزاء وصلت إلى (2500) صفحة[4]، و في قضية "وستلاند" و الهيئة العربية لتصنيع استمرت القضية أكثر من عشر سنوات.

إن القول بأن التحكيم يتمتع بالسرية هو حجة واهية و غير مقنعة، حيث أن مجموعات القضاء في الدول المختلفة مليئة بالأحكام الصادرة في منازعات متعلقة بالأسرار الصناعية و براءات الاختراع، و عقود الترخيص، أما التي تحرص على السرية في علاقاتها فهي الشركة الكبرى المهيمنة و ليس الطرف الضعيف ، فشرط السرية دائما يكون في صالح الطرف القوي.

---

[1] **د. إبراهيم أحمد إبراهيم**: المرجع السابق ص 341 ،د. محمود مختار بريري المرجع السابق ص 30.

[2] **د. منير عبد المجيد**: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق ص 7.

[3] **د. حفيظة السيد الحداد**: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية،2001، ص 6 .

[4] **د. محمد يوسف علوان**: الاتجاهات الحديثة في العقود الدولية الاقتصادية، مجلة نقابة المحامين . الأردن السنة (27) عدد (11) 1976 ص106.

إن التحكيم ليس أقل تكلفة من القضاء و القول بغير ذلك يعد تناقض صارخ مع الواقع العملي بالإضافة إلى ذلك فان التحكيم يحمل الدول مبالغ ضخمة تؤثر على اقتصادها بشكل كبير[1].

أما بالنسبة إلى توفر الخبرة الفنية في المحكمين دون القضاء فانه غالبا ما يلجأ القضاء الداخلي إلى الخبراء في المسائل الفنية، وإن كان رأيهم غير ملزم بالضرورة. وعادة ما يكون المحكمون في القضايا الكبيرة من كبار رجال القانون أو من رجال القضاء العاملين في محاكم الدول المختلفة.

أما بالنسبة لطبيعة الرضائية لتحكيم فهناك من يرى أنها مجافاة للواقع، فالتحكيم يفرضه الطرف الأقوى على الدول النامية التي لا تملك سوى الخضوع له، وذلك بسبب العلاقات غير المتكافئة مع الدول الاستعمارية السابقة،حيث تشترط دائما التحكيم في عقود التنمية مما يعد عودة لسيطرة الاقتصادية الاستعمارية في ثوب اقتصادي جديد[2]، لذلك عملت الدول النامية على إصدار التشريعات التي تجيز التحكيم تحت وطأة الحاجة الماسة للرؤوس الأموال التي تتطلبها عملية التنمية و إلا حرمت من المعونات و مساعدات و مؤازرة المؤسسات الدولية لها[3]، ولا شك أن هذا الأمر يعبر عن احتياجات هذه الأطراف المهيمنة و عن مصالحها.

إن التحكيم شر لبد منه، و يجب أن يبقى استثناء أمام قضاء الدولة، وهو تحصين لشركات الكبرى المستثمرة في مواجهة قضاء الدولة، والقول بأن هناك تحيزا من القضاء للدولة مردود، فهنا أيضا تحيزا من هيئات التحكيم للشركات الكبرى المسيطرة على التجارة الدولية، لذلك من النادر أن تنتهي عمليات التحكيم بحكم لصالح الدول النامية.

إن الأطراف الأجنبية تلجأ إلى التحكيم حتى لا تتعرض لتطبيق القوانين الوطنية، ويعترف كبار فقهاء القانون التجاري في الغرب بأن الهدف من نظام التحكيم هو استبعاد قانون الدولة وذلك من أجل وضع العلاقات التجارية الدولية تحت مظلة النظام القانوني

[1] **د. السيد المراكبي**: التحكيم في دول مجلس التعاون الخليجي و مدى تأثره بسيادة الدولة ص 67 .

[2] **د. السيد المركبي**: المرجع السابقن ص67.

[3] **د.محمود مختار بريرة** : التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ص 13

الدولي الجديد وهو نظام أكثر قدرة على تلبية احتياجات هذه التجارة وأكثر ملائمة لمصالح الأطراف.

التحكيم هو آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي تستخدمه القوة الكبرى من اجل ريادة وزعامة دول الشمال ضد دول الجنوب المتخلفة، فهو وسيلة حلت محل الجيوش[1]، لذلك تتردد دول العالم الثالث في قبول التحكيم، وذلك بسبب ميراث الحقبة الاستعمارية حيث نهبت الدول الاستعمارية خيراتها وثرواتها.

وهناك من يرى أن مزايا التحكيم تفوق مثاليبه، والقول بأن التحكيم يحمي الطرف الأجنبي من فساد وتدني نظام التقاضي في الدول النامية قول غير صحيح، فالفساد و الانحراف ظاهرة لا وطن لها، و فضائح العالم المتقدم و قضيا الفساد و الانحراف فيه لا تخفى على أحد.

ولذلك فانه ينبغي الكف عن النظر إلى التحكيم كضمانة إجرائية تهدف إلى تشجيع الاستثمار فقط، بل يجب الأخذ في الاعتبار مصالح كلا الطرفين، ولا يتحقق ذلك إلا إذا أصبح نظام التحكيم غير مفروض من القوة الاقتصادية الكبرى التي لا تلقى بالا بمصالح الدول النامية[2].

[1] **د. محمود مختار بريرة**: المرجع السابق ص 12.
[2] **د. حفيظة السيد الحداد**: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، المرجع السابق ص14

الفصل الثاني:

انعقاد محكمة التحكيم والقانون الواجب التطبيق

إن إعمال قواعد التحكيم التجاري الدولي تقتضي نشوء نزاع بين أطراف يربطها اتفاق أو شرط التحكيم اتفقت مسبقا، أو بعد ظهور النزاع على اللجوء إلى نوع من التحكيم. وبعد إخطار أحد الأطراف الآخر نيته في تحريك مراحل التحكيم يبدأ أول إجراء المتمثل في تشكيل المحكمة التحكيمية، واختيار المحكمين، وعليه سوف نتطرق في هذا الفصل إلى الكيفيات المختلفة لاختيار المحكمين في التحكيم الإتفاقي (AD HOC) ثم إلى التحكيم المؤسسي أي إلى الهيئات التحكيمية الدولية. حيث نتطرق إلى موقف القانون الإتفاقي الدولي وكذا قضاء التحكيم التجاري الدولي والقضاء المقارن وأخيرا موقف المشرع الجزائري في تنظيمه لهذه الإجراءات.

المبحث الأول:

القواعد التي تحكم تشكيل الهيئة التحكيمية:

إن تكوين محكمة التحكيم يتخذ عدة أشكال حسبما يتفق عليه أطراف النزاع وفقا للاتفاق القائم بينهما وبالرجوع إلى نظام التحكيم التجاري الدولي نجد عدة أشكال تتخذها الهيئة وإن شاعت التركيبة الكلاسيكية المعروفة وهي التشكيل الثلاثي عن طريق اختيار كل طرف محكمه في مدة معينة على أن يختار المحكمان محكم ثالث[1]، فإن هناك أشكال أخرى تتخذها الهيئة التحكيمية ويستوي نوع التحكيم المتفق عليه (اتفاقي أو نظامي) كما تختلف طرق هذا التعيين.

ومهما يكن فإن الأصل أن يتم الاختيار دون صعوبة وفقا لإرادة الأطراف دون تدخل من جهة أخرى، لكن قد تعترض هذا الإجراء بعض الصعوبات التي تحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية بسبب تقاعس أو سوء نية أحد الأطراف أو بحسن نية. فيتم الاستنجاد بجهة أخرى تم النص عليها في العقد الأصلي أ في اتفاق التحكيم، توكل لها مهمة استكمال هذا الإجراء وهذا تدعيما لمصداقية إجراء التحكيم وحماية مصالح الأطراف خاصة الطرف حسن النية.

ولتوضيح هذه المسألة، نتطرق بالتفصيل إلى هذه الأشكال وذلك بالحديث أولا عن المحكم الفرد الذي تتبناه محكمة التحكيم حيث نبين موقف كل من الفقه المقارن والاتفاقيات

---

[1] **أحمد عبد الحميد عشوش**: المرجع السابق صفحة 61.

الدولية فيه ثم تطبيقاته في مجال التحكيم التجاري الدولي على أن نوضح تقدير وجهة نظر الفقهي في الأخذ به ثم ندرس الأشكال المعروفة التي تتخذ الشكل التعددي وهذا في الفرع الثاني ثم نتطرق إلى تدخل جهات معينة لاستكمال إجراءات تشكيل هيئة التحكيم والمسائل المتعلقة بذلك بالفرع الثالث .

المطلب الأول:

اتخاذ الهيئة التحكيمية في شكل المحكم الفرد:

تعد هيئات التحكيم المشكلة من فرد واحد من بين التشكيلات الهامة في القانون المقارن، إذ يمكن لأطراف النزاع الاكتفاء بمحكم لتسويته وقد عرف هذا التشكيل عدة تطبيقات خاصة في التحكيم الإتفاقي لذلك نبين في البداية موقف بعض التشريعات المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية ثم موقف المشرع الجزائري مع تقدير الأخذ لهذا النظام.

أولا: موقف بعض القوانين المقارنة:

لقد اعتمد المشرع الفرنسي هذا النمط في قانون الإجراءات المدنية حيث نصت المادة 1453 منه على: ‘‘ Le tribunal arbitrale est constituer d’un arbitre’’ كما يفهم من نص المادتين: 1496 و 1497 بأن محكمة التحكيم قد تأخذ شكل المحكم الفرد حينما أدرج في ذات المادتين لفظ (L’arbitre tranche) وكذا (L’arbitre statut) ويشترط في الأخذ بهذا الأسلوب عادة قبول الطرفين لهذا المحكم وذلك وفقا لشرط التحكيم واتفاق التحكيم حيث يتم اشتراط إضافة إلى ذلك تعيين الشروط مثل تخصص هذا المحكم في القانون أو القضاء أو تجارة معينة أو انتمائه لدولة معينة أو حضر ذلك أو إقامته في موطن معين أو انتمائه لهيئة معينة... إلخ.

كما أن المشرع المصري في القانون الجديد أخذ بشكل المحكم الفرد حيث نصت المادة: 15 من قانون رقم: 27 لسنة 1994 على أنه: "...تشكل هيئات التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا...". يظهر أن المشرع المصري قد اقتدى بالتشريعات الأخرى في الأخذ بالمحكم الفرد وذلك إما بالاتفاق

على تشكيل محكمة التحكيم خاصة حيث يتم تحديد مهام هذا المحكم في اتفاق التحكيم، أو بالإحالة إلى نظام تحكيم معين.

وعلى مستوى الاتفاق الدولي نصت بعض الاتفاقيات على المحكم الفرد من ذلك المادة: 1/37/أ من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية (C.I.R.D.I.) التي تنص على أنه تكون المحكمة من محكم واحد أو عدد فردي من الحكام الذين يعينون باتفاق الطرفين كما نصت المادة 02/ب من القانون النموذجي (الأونسترال) على أنه: "... هيئة التحكيم تعني فردا أو فريقا من المحكمين..." كما نصت على هذا التشكيل المادة 3/11 من نفس الاتفاقية.

ونصت على نفس السياق المادة: 3/2 من نظام التحكيم للغرفة التجارية الدولية (C.C.I.) على حرية الأطراف في اختيار التشكيل المناسب سواء كان محكما فردا أو متعددا.

ومن هنا يظهر على أن الأخذ بشكل محكم الفرد هو تكريس لمبدأ سلطان الإرادة المستجد في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم ويستوي في ذلك التحكيم الاتفاقي أو المؤسسي[1] .

أما في الجزائر تبعا لحداثة الأخذ بنظام التحكيم التجاري الدولي فإن المشرع يكون قد تأثر بالاتفاقيات الدولية وكذا التشريعات الوطنية المقارنة عندما أكد على إمكانية تشكيل المحكمة التحكيمية بمحكم فرد حيث نصت المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري "... يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم، أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم"[2].

إذ يمكن للطرفين المتنازعين تعيين محكم فرد سواء بوضع إجراءات التحكيم أو بالإحالة على نظام معين مثل الغرفة التجارية الدولية (C.C.I.) إذ في هذه الحالة تقوم

[1] - **ذهاب الأستاذ أحمد أبو الوفا** بأنه: ((من الجائز أن يكون المحكم شخص واحد ومن الجائز تعدده شرط أن يكون العدد وترا)). أحمد أبو الوفا: التحكيم في القوانين العربية، منشأة المعارف بالاسكندرية طبعة 01 1998 صفحة 25.

[2] قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق: كما نص على ذلك القانون القديم في المادة 458 مكرر03. وقد أكدت ذلك التشكيل المادة: 458 مكرر13 عند تطرقها إلى كيفية إصدار قرار التحكيم وكذا المادة 458 مكرر23 عند تطرقها لحالات الطعن بالاستئناف للقرار الذي يسمح بالاعتراف وبالتنفيذ لقرار التحكيم.

الغرفة بتأكيد هذا التعيين نزولا عند إرادة الأطراف ماعدا حالة تقاعس أحد الطرفين في موافقته على المحكم فتتدخل الغرفة التجارية بتعيين المحكم احتراما لإرادة الطرف حسن النية وكذلك للمواعيد المحددة لذلك الإجراء.

وبمراجعة الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمارات التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول نجد الإحالة على التحكيم لدى بعض الهيئات المتخصصة التي بدورها تأخذ شكل المحكم الفرد مما يوحي بإمكانية تشكيل المحكمة التحكيمية بمحكم فرد عند ظهور النزاع. فالاتفاقية الجزائرية الإسبانية[1] تحيل وتمنح حق الاختيار للمستثمر الأجنبي بين إحالة النزاع إلى نظام التحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية بباريس أو لمحكمة تحكيمية طبقا لمؤسسة التحكيم وهي الغرفة التجارية بستوكهولم أو لنظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. كما يمكن الإحالة إلى مركز (C.I.R.D.I.) المادة: 2/1 من الاتفاقية.

ثانيا: مبررات الأخذ أو عدم الأخذ بهذا الشكل:

إن الإيجابيات التي تتجلى بهذا التشكيل الفردي للهيئة التحكيمية تظهر في أن الاتفاق على تعيين محكم فرد واحد يكون أسرع وأسهل من تشكيل الهيئة التحكيمية، كما أن المحكم الفرد باعتباره شخص الذي يقع على عاتقه النظر في النزاع ينبغي عليه أن يتحلى بالجدية والإسراع في إيجاد الحلول رغم ثقل المسؤولية الكاملة عكس حالة التشكيلة الثلاثية فإنها ستؤدي إلى صعوبة تحديد المواعيد نظرا لتباعد موطن محكم عن الآخر. وهذا في الغالب مما يؤدي إلى التماطل في الإجراءات وتمديد عمر النزاع[2]. ومن إيجابيات كذلك نجد أن الاقتصاد في النفقات، إذ أن أتعاب المحكم الفرد تكون أقل من أتعاب التشكيلة التعددية إلا أن التقدير بالاقتصاد في النفقات يعتبر نسبيا بالنظر إلى مصالح التجارة الدولية وقيمة النزاع، فإن تحديد أتعاب المحكم قد تساوي أو تفوق أتعاب المحكمين نظرا لأهمية النزاع الذي ينظر فيه.

رغم هذه الإيجابيات إلا أنه من النادر عمليا اللجوء إلى التشكيل الفردي لمحكمة التحكيم، إذ في الغالب سواء في التحكيم الاتفاقي أو بالإحالة على التحكيم المؤسسي يحبذ

[1] الاتفاقية المبرمة بين الطرفين في: 1994/12/23 والمصادق عليها بالمرسوم التشريعي رقم: 88/95 المؤرخ في: 1995/03/25. ج.ر. رقم: 95/23.

[2] Terki Nourradine : L’arbitrage commercial international en Algérie. OPU Alger 1999. Page 73.

المتنازعين اختيار التشكيل الثلاثي نظرا للسلبيات التي يحتويها المحكم الفرد من بينها عدم الإلمام بموضوع النزاع كما ينبغي إذ بسبب النسيان أو عدم الإحاطة بجزئيات النزاع يؤدي إلى عدم الإنصاف في الحكم. لأن المحكم الفرد لا يجد من يذكره أو يساعده في ذلك، وعليه تفضل تشكيل المحكمة من مجموعة محكمين حتى يكون الإلمام وفهم النزاع أكثر ضمانا.

وحتى لا يكون الحكم جزئيا ينبغي أن يوضع تحت تصرف المحكم الفرد خبراء ومختصون يرضاهم الطرفين لتقديم المعرفة حتى تكون نتيجة الحكم مرضية، بالإضافة إلى صعوبة إيجاد شخص محكم يرضاه الطرفان خاصة في النزاعات بين المؤسسات، ومثال لذلك فإن المؤسسات الجزائرية يصعب عليها معرفة المحكمين الأجانب وتعيينهم كما يصعب قبول المحكم الفرد الذي يختاره الطرف الأجنبي في نزاع مع شركة أو مؤسسة جزائرية نظرا لاحتمال عدم توفر النية في قبول هذا المحكم الفرد[1].

إن اختيار المحكم الفرد لنظر النزاع قد يشكل خطورة على مصالح المؤسسات الوطنية بسبب انحياز المحكم إلى الطرف الأجنبي وفي تقديرنا فإنه على الرغم من إخضاع تعيين المحكم الفرد لإرادة الأطراف في نظر النزاع إلا أن مسألة الحياد والاستقلالية لهذا المحكم تبقى نسبية يكون من الأفضل بالنسبة للجزائر أن تختار التشكيل الثلاثي لتوفره على أكثر الحظوظ في حماية مصالح المؤسسات الجزائرية، كما يكون الحظ ممكنا في تدخل القضاء الجزائري لإجراء بعض التعيينات كلما دعت الضرورة.

المطلب الثاني:

التشكيل التعددي لمحكمة التحكيم:

يبدو أن التشكيل الثلاثي لمحكمة التحكيم أكثر توسعا في الاختيار عن غيره وهو ما سنأتي على توضيحه على النحو التالي:

[1] **نور الدين تركي**: نفس المرجع والصفحة.

الفرع الأول:

التشكيل الثنائي لمحكمة التحكيم:

تخضع المعاملات التجارية في بعض العقود الخاصة إلى محكمين اثنين مع اللجوء لاحقا إلى محكم آخر إذا لم يصل المحكمان إلى تسوية النزاع وهو ما يعرف كنوع من التحكيم بالصلح إذ يكون هدف المتعاقدين إضفاء الصبغة الودية على حل النزاع بالتحكيم، إن هذا النوع الغالب من الأحيان لا يكون جديا بسبب تمسك كل طرف بمصالح الجهة التي تعينه ولذلك فإن اللجوء إلى التشكيل الثلاثي بوجود محكم مرجح يوفر أكثر جدية في حل النزاع، وغالبا ما يستبعد هذا التشكيل المحكمين الذي لهم صفة القضاة إذ يتم غالبا الرجوع إلى أشخاص عاديين لهم في الخبرة في صناعة معينة أو تجارة معينة وهذا ما يسمى بـ: (L'arbitrage de qualité) ولو أن غالبية التشريعات في مختلف الدول تشترط في هيئة المحكمة أن تتكون من عدد وتر (impaire) وذلك تحت طائلة البطلان، ومنه فإن الأشخاص المعتمد عليهم ليسوا بالضرورة أن يكونوا ذوي خبرة في القانون أو التحكيم بل ذو خبرة فنية في صناعة معينة أو تجارة معينة.

الفرع الثاني:

التشكيل الثلاثي لمحكمة التحكيم:

إن هذا التشكيل هو الأكثر انتشارا في القوانين والاتفاقيات الدولية، إذ أن نفاذه يقتضي أن يقوم كل طرف بتعيين محكما يرضاه على أن يقوم المحكمان بتعيين محكم ثالث مرجح يشترط فيه أن يكون من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف أو المحكمين وقد أكد القانون الفرنسي على هذا التشكيل بالمادتين: 1453، 1454 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[1].

[1] إذ تنص المادة 1453 على أنه :
''… le tribunal arbitrale est constituer d'un seule arbitre ou de plusieurs en nombre impaire…''

أما المادة 1454 فتنص على أنه:
''… l'orque les parties désigne arbitres en nombre paire, le tribunal arbitral est complété par un arbitre choisi soit conformément aux prévision des partie, soit en l'absence de tells prévision par les arbitres désignés soit aux défaut d'accord entre ses dernier par le président du tribunal de grande instance…''

وقد نص القانون المصري الجديد الصادر في: 1994 على هذا التشكيل في المادة 15[1]، ولا يشترط في محكم كل طرف أن يكون من جنسيته، إذ يمكن أن يكون المحكم من جنسية أجنبية عن جنسية الطرف الذي عينه فالجنسية تشترط في المحكم المرجح غالبا.

أما المشرع الجزائري فقط منح الحرية للأطراف استنادا على اتفاق التحكيم في تشكيل محكمة التحكيم سواء باتفاقهما أو بالإحالة على نظام تحكيمي معين.

إذ تنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "... يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم بتعيين المحكم أو محكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم..."

فإن هذه المادة قد منحت الحرية المطلقة للأطراف في تشكيل محكمة التحكيم لكنها تقترب في تجانسها إلى النص الفرنسي أكثر من النص المصري الذي يؤكد على التشكيل الفردي تحت طائلة البطلان عكس النص الجزائري. أما النص الفرنسي فإنه يؤكد على التشكيل الفردي دون ترتيب أي أثر[2]، وهو ما يجعلنا نقدر أن النص المصري بأكثر دقة لكونه يضع حدا للتأويلات ويوفر الجدية الحازمة في تشكيل محكمة التحكيم.

فيمكن تعيين محكمة التحكيم من قبل الأطراف مباشرة قبل نشوء النزاع أو بعده كما أنه يمكن قيامها بتعيين المحكم المرجح أو منح هذا الاختصاص للمحكمين المعينين لتعيين هذا المحكم، كما يمكن القيام بتعيين محكمة التحكيم بالاستناد إلى نظام تحكيمي معين وهذا بتدخل هيئة تحكيمية دائمة لإجراء هذا التعيين.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول نجد أن جلها تأخذ بالتشكيل الثلاثي لمحكمة التحكيم حيث يوجد الاختلاف فيما بينها بشأن المواعيد وكذا الجهة التي يمكن أن تتدخل لإجراء التعيينات اللازمة.

---

[1] جاء في المادة 15 على أن "... تشكل هيئات التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر إذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا.."

[2] Terki Nourrddine : Op.cit page 76.

إلا أنه على مستوى القانون الدولي فإن الاتفاقيات الدولية قد سبق لها وأن اعتمدت التشكيل الثلاثي لمحكمة التحكيم. إذ أن المادة 2/10 من القانون النموذجي لسنة 1985 تنص على أنه: "... فإن لم يفعلا كان عدد المحكمين ثلاثة ..." كما تنص المادة: 37/ب من الاتفاقية المنظمة لإنشاء المركز الدولي لتسوية النزاعات المبرمة بواشنطن سنة 1965 على أنه: "... في حالة عدم اتفاق الطرفين على عدد المحكمين وطريقة تعيينهم تشكل محكمة من ثلاثة محكمين يقوم كل طرف بتعيين محكم واحد أما المحكم الثالث وهو رئيس المحكمة فيتم تعيينه بموافقة الطرفين"

كما تنص المادة 2/2 من نظام التحكيم للغرفة التجارية الدولية (C.C.I.) على أنه:

‘’… Les différends peuvent tranchés être par un arbitre unique ou par trois arbitres dans les articles suivant, l’expression (L’arbitre) vise indifféremment le ou les arbitres…’’

كما تنص الفقرة الرابعة من نفس المادة 02 على أن يقوم كل طرف بتعيين محكم أما المحكم المرجح فتعينه المحكمة التحكيمية للغرفة، إلا إذا اتفق الطرفان على تعيينه يكون من طرف المحكمين المعينين[1].

وقد نالت غرفة التجارة الدولية (C.C.I.) حضا كبيرا في إجراء التحكيم بين شركة سوناطراك الجزائرية والشركات الأجنبية[2].

ومهما كان الشكل الذي تتخذه تشكيله محكمة التحكيم سواء بوضع نظام خاص اتفاقي أو مؤسسي لدى الهيئات المتخصصة، فإنه قد يحدث أن يتقاعس أحد الأطراف إلى إجراء التعيين الذي خوله القانون مما يؤدي إلى عرقلة أو بطء إجراء التحكيم وتجريده من فعاليته. ولتفادي ذلك قد تبنت مختلف قوانين الدول حلولا بتضمين العقود، الجهة التي يمكن لها إجراء التعيينات اللازمة فما هي هذه الجهات التي يمكن أن تكون لها سلطة تعيين المحكمين.

---

[1] Bouzana Belkacem : Op.cit page 383 – 385.

وقد أخذت بنفس الموقف قواعد لجنة الأمم المتحدة (C.N.U.D.C.I.) في المواد من 08 إلى 15.

[2] Bouzana Belkacem : Op.cit page . 364 et s.

المطلب الثالث:
سلطة تعيين أعضاء التحكيم

لقد رأينا في الأصل أن يقوم الأطراف بتعيين أعضاء محكمة التحكيم تكريسا لإرادتها،وكذا تنفيذا لاتفاق التحكيم أو شرط التحكيم المبرم بينها خاصة حينما يتعلق الأمر بالتشكيل الكلاسيكي الثلاثي المعروف، لكن قد يتقاعس أحد الأطراف في تعين محكمة التحكيم، أو قد يقع الاختلاف في تعيين المحكم المرجح ، فما هي الحلول التي اعتمدتها القوانين المقارنة وكذا تطبيقاتها العقدية و الاتفاقيات الدولية و ما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

أنه لا يكاد أن يكون الإجماع على دور القضاء و كذا الهيئات الدولية في التقليل من حدة العراقيل الحائلة دون تشكيل محكمة التحكيم.

الفرع الأول:
سلطة القضاء في تعيين المحكمين:

عند اتفاق الأطراف على قيام كل واحد بتعيين محكمه في مدة معينة فان امتناع أو تقاعس أحد الأطراف عن القيام بذلك لا يعني فشل إجراء التحكيم ، بل نزولا عند إرادة الأطراف و حماية للطرف حسن النية وحفاظا على مصداقية هذا الإجراء، تعتمد القوانين إلى إخطار الجهات القضائية للقيام بهذه التعيينات عند سكوت الأطراف خاصة عندما تستنفذ الآجال المحددة في اتفاق التحكيم[1].

لكن إذا تقاعس أي طرف أو الطرفان معا في إجراء التعيينات اللازمة في الآجال المحددة تتدخل جهات أخرى لإتمام هذه الإجراءات.

1-/ دور القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار في تعيين المحكم:

قد تتدخل الدولة المضيفة بواسطة قضائها الوطني لإجراء التعيينات اللازمة إذ تنص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه في حالة

---

[1] Bouzana Belkacem .OP.CIT P383-385.

غياب هذا التعيين و في حالة صعوبة تعيين المحكمين و عزلهم أو استبدالهم يجوز لطرف المعني أن يقوم بما يأتي:

أ- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

ب- رفع الأمر أمام محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج و قرر الأطراف بصدده تطبيق قانون الإجراءات الجزائري.

إن إقحام القضاء الوطني في دور إجراء بعض التعيينات بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هو دور ايجابي من شأنه حماية مصالح الطرف الجزائري إذ أن منح سلطة التعيين لرئيس محكمة الجزائر أو المحكمة المحددة في اتفاق التحكيم أو أي محكمة وطنية أخرى حسب المادة 1041 من شأنه أن يؤدي إلى تعيين محكم ليس بالغريب عن الطرف الجزائري، كما يستبعد تدخل أي قضاء أجنبي في ذلك، كما يتجلى دور القضاء الوطني في إجراء هذه التعيينات حسب المادة السالفة الذكر عندما يجري التحكيم خارج الجزائر، فان اختصاص إجراء التعيين يمتد فقط لرئيس محكمة الجزائر دون سواه.

أما إذا كان التحكيم يجري في الجزائر فان دور القضاء الوطني لا يقتصر على رئيس محكمة الجزائر فقط بل يمتد اختصاصه حسب الحالات المذكورة في المادة 1041 من القانون الساري و المادة 458 مكرر 3 من القانون القديم و هي:

- المحكمة المحددة في اتفاق التحكيم أو:

- محكمة اختيار الأطراف للفصل في النزاع

- أو محكمة إقامة مقر المدعي أو المدعى عليهم في نزاع.

- أو محكمة مقر إقامة المدعي إذا كان المدعى عليه لا يقيم بالجزائر[1]

فبصياغة المادة 1041 يكون المشرع قد تفاد المشاكل التي قد تصطدم بتشكيل الهيئة التحكمية و هذا ما يشكل حصانة و تدعيما لنظام التحكيم في الجزائر.إلا أن هذه

[1] BEN ABDERAHMANE DAHMANE :OP-Cit-p29-30.

الدعامة لنظام التحكيم كانت أوسع و أكثر تدعيما في التشريع القديم عندما نصت المادة 458 مكرر4 على كيفية تعيين المحكمة إذ تنص على أنه "إذا دعي قاض إلى تعيين محكم حسب الشروط المذكورة في المواد السابقة، فانه يستجيب لطلب التعيين بموجب أمر يصدره بناء على مجرد عارضة، إلا إذا بينت دراسة موجزة عدم وجود أي اتفاق تحكيم بين الأطراف إذا دعي القاضي إلى تعيين محكم مرجح، وجب أن يكون هذا الأخير من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف"

من خلال هذا النص يظهر تدعيم المشرع الجزائري لدور القضاء الوطني بسكوته عن مدى إمكانية الطعن في الأمر الصادر بشأن تعيين المحكمين أو المحكم الرئيسي، حيث يتمتع القاضي بحرية كبيرة في اختيار المحكمين ماعدا حالة الجنسية بالنسبة للمحكم المرجح أو حالة عدم وجود اتفاق التحكيم أصلا.

ويذهب بعض الفقهاء إلى القول أن مسألة تعيين المحكمين في التحكيم ألاتفاقي لا تطرح ما دامت الأطراف يربطها اتفاق التحكيم باطلا مستندا إلى نص المادة 1/444 من ق.أ.م قديم التي تنص على أنه" يعين اتفاق التحكيم موضوعات النزاع وأسماء المحكمين و إلا كان باطلا"، عكس التحكيم الذي يستند إلى شرط التحكيم إذ كثيرا ما يتم تعيين المحكمين بعد ظهور النزاع رغم إمكانية تعيينهم أثناء إبرام اتفاق الموالي للعقد الأصلي[1].

وفي القانون المقارن وردة نفس الإجراءات، فالقانون المصري الجديد نص على دور محكمة استئناف القاهرة على إجراء التعيينات اللازمة عندما يكون التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو خارجها، غير أنه يجوز اتفاق الأطراف على إعطاء الاختصاص لمحكمة استئناف أخرى في مصر المادة 9 .

أما في حالة التخلف عن إجراء التعيينات في المدة المحددة، فقد نصت المادة 17 على الأصل،و هو دور طرفي التحكيم في عملية اختيار المحكمين ،وفي غياب ذلك يمكن تدخل الجهة القضائية المحددة في المادة 9 سواء في حالة تعيين المحكم الفرد، أو اختيار هيئة تحكمية تأخذ شكل ثلاثي أو أكثر.

---

[1] **TERKI NOUREDDINE** : L'arbitrage commercial international en Algeré .op- cit-p- 77.

يبدو من خلال المقارنة بين النصوص المذكورة أعلاه أن كل من المشرع الجزائري و المصري قد ساير الحكم الوارد في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة بصدد عدم قابلية الأمر أو القرار الصادر من الجهات القضائية و الخاص بإجراء التعينات اللازمة لأي طعن و هذا ما ورد في نص المادة 5/11 التي تنص على انه " أي قرار في مسألة موكولة بموجب الفقرة 3و4 من هذه المادة إلى المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة السادسة يكون قرارا نهائيا غير قابل للطعن.

2-/ وفي التطبيقات العقدية في بعض الدول تتم الاستعانة بجهة قضائية أجنبية لإجراء التعيينات اللازمة مثل ما نصت عليه المادة: 67/ب من العقد المبرم بين الشركة الدولية للزيت المصري ومصر سنة 1967. بأنه: "... إذا لم يتفقوا الأطراف على اختيار شخص المحكم في خلال 30 يوما من استلام كل منهم للخطاب المسجل والمنوه بأعلاه تولى اختياره بناء على طلب الطرف الأكثر تمسكا رئيس المحكمة العليا بالسويد، فإذا تخلف عن الاختيار أو لم يرغب في ذلك يتولى ذلك رئيس المحكمة الاتحادية بسويسرا..."

وفي الجزائر أشارت بعض العقود التي أبرمتها شركة سوناطراك مع الشركات الأجنبية في ظل العداء لنظام التحكيم الدولي، إلى دور القضاء الوطني أو القضاء الأجنبي في القيام بتعيين المحكم المرجح، عند تعذر تعيينه باتفاق الأطراف أو من طرف المحكمان المعينان[1].

وفي إطار الحديث عن دور القضاء الوطني في تعيين أعضاء الهيئة التحكيمية لم تتطرق الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر لدور القضاء في هذا الاختصاص، ماعدا الإشارة الضمنية في بعض الاتفاقيات التي يستنتج منها دور القضاء الوطني، ليس فقط في تعيين الهيئة التحكيمية، بل في تسوية النزاع بكامله.

---

[1] الاتفاقية الجزائرية الإيطالية لإنشاء شركة مختلطة الخاصة بالمحروقات: La société national de raffinage، إذ نصت المادة 15 منها عن اللجوء إلى التحكيم في حل المنازعات بحيث يعين كل طرف محكم على أن المحكمان يعينان محكما مرجح رئيسا، وفي حالة عدم التوصل إلى ذلك يمكن للطرف المعني بالتعجيل طلب رئيس المحكمة العليا بالجزائر الذي يعين الرئيس المرجح من بين أعضاء محكمة التحكيم الدائمة التي يوجد مقرها بلاهاي. بشرط أن لا يحمل جنسية أي أحد الطرفين المتعاقدين. كما يمكن لرئيس المحكمة العليا تعيين المحكم للطرف المتقاعس بنفس الطريقة وفي حالة عدم قيام الرئيس بالتعيينات المذكورة سابقا يكون الاختصاص بذلك لرئيس المحكمة العليا السويدية أو رئيس المحكمة العليا بالدانمارك.
أنظر:

Bouzana Belkacem : Op.cit page 401-402.

- إحالة بعض الاتفاقيات إلى اختيار عرض النزاع لتسويته طبقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة المتعلقة بالقانون التجاري الدولي، إذ أشرنا سابقا إلى أن هذه القواعد هي الوحيدة في التحكيم المؤسساتي التي تحيل على القضاء الوطني للأطراف، لإجراء بعض الوظائف منها تعيين الهيئة التحكيمية.

في الاتفاقية الجزائرية الرومانية، تنص على إمكانية تسوية النزاع من طرف محكمة تحكيمية خاصة في حالة غياب اتفاق مباشر بين المتعاقدين المتنازعين، تشكل طبقا لقواعد القانون النموذجي (المادة 2/7/ج).

وبالرجوع إلى أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 نجد المادة 06 منه تحيل على القضاء الوطني للمتنازعين القيام بالتعيينات اللازمة[1].

- إعطاء الاختصاص للقضاء الوطني للدولة المعنية بالاستثمار لتسوية النزاع. نصت بعض الاتفاقيات الثنائية على إمكانية الإحالة إلى الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي تم الاستثمار على إقليمها ومن هذه الاتفاقيات: الاتفاقية الجزائرية- الإيطالية، (المادة 2/8/ أ)، والاتفاقية الجزائرية – الفرنسية (المادة 2/8)، والاتفاقية الجزائرية – الأردنية (المادة 2/7/ أ)، وكذا الاتفاقية الجزائرية – المالية (المادة 2/09)، وتجدر الإشارة إلى أن الخيار في اللجوء إلى اختصاص الجهة القضائية التابعة لبلد الاستثمار مخول للمستثمر الأجنبي، غير أن الأخذ به يكون نهائيا.

---

[1] تنص المادة 06 من القانون النموذجي لسنة 1985 على أنه: "... تتولى أداء الوظائف المشار إليها في الفقرتين: (3، 4) من المادة 11 (والفقرة 03) من المادة 12 وفي المادة 14 والفقرة(03) من المادة (16) والفقرة (02) من المادة 34 ((تحدد كل دولة تصدر هذا القانون النموذجي المحكمة أو المحاكم أو السلطة الأخرى عندما يشار إلى تلك السلطة المختصة في ذلك القانون بأداء هذه الوظائف))

Terki Nourreddine : L’arbitrage commercial international en Algérie. Op.cit page 80

وكذلك نصت المادة: 2/11/ج من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية على أنه: "... وإذا لم يكن ممكنا حل النزاع في مدى 06 أشهر ابتداء من تاريخ الإشعار الكتابي المذكور في القرة الأولى فإن المستثمر يستطيع بناء على اختياره تقديمه للمحكمة التحكيمية المنشأة لهذا الغرض والمبينة من خلال تنظيم التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي..."

ونشير أن الاتفاقيتين السابقتين لا تحيل فقط لاختيار المحكمين، بل تحيل لتسوية النزاع كاملا إلى التحكيم عن طريق القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مع العلم أن الخيار في اللجوء مخول للمستثمر الأجنبي وهذا يدخل في إطار السياسة الاستثمارية التحفيزية المتبعة من طرف الجزائر كضمانة للمستثمر الأجنبي على الإقبال للاستثمار في الجزائر.

الفرع الثاني:
دور بعض الهيئات الدولية في تعيين المحكمين:

رغم أن قانون الإجراءات المدنية الجزائرية وفقا للمرسوم التشريعي رقم: 09/93 قد تعرض فقط لدور القضاء الوطني الجزائري في إجراء بعض التعيينات، بالإضافة إلى مجالات التدخل الأخرى التي سيأتي ذكرها في مكانها -تؤدي إلى القول- وحسب المادة 458 مكرر2 ومكرر 3 ومكرر 4، بأن المشرع أعطى اختصاصا واسعا للقاضي الجزائري لتسوية الصعوبات التي تحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية هذا من جهة، واستبعد تدخل القضاء الأجنبي لإجراء هذه التعيينات من جهات أخرى، وهذا موقف إيجابي من المشرع الجزائري[1].

لكن قد يتفق الأطراف على إعطاء سلطة تعيين المحكمين بما فيهم رئيس الهيئة التحكيمية إلى هيئات دولية أو أشخاص دوليين وهذا ما يظهر من اتفاقيات التحكيم أو شرط التحكيم وكذلك في العقود أو الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات.

1-/ دور المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات: (C.I.R.D.I.):

قد يرد في بعض العقود الإحالة إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار لإجراء التحكيم في مجمله أو للقيام بالتعيينات اللازمة سواء بالنسبة للمحكمين أو للمحكم الرئيسي، وهذا يظهر من المادة: 1/06 ب- ج من الاتفاقية التي تعطي اختصاص تنظيم التحكيم ووضع قواعده للمجلس الإداري للمركز، حيث تؤكد بعد ذلك دور المركز في إجراء التعيينات اللازمة وفقا للمادة 38 من الاتفاقية، إذ في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين محكمين بما فيهم الرئيس وفقا للمادة 37 وفي مدة 90 يوما من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى المرسل إلى السيكريتير العام يقوم الرئيس تلبية لرغبة أي من الطرفين وبعد التشاور معهما بقدر الإمكان، بتعيين المحكم أو المحكمين الذي لم يعينوا بعد، مع مراعاة شرط الجنسية طبقا للمادة: 39 من الاتفاقية.

---

[1] Terki Nourreddine : L'arbitrage commercial international en Algérie. Op.cit page 82-83.

ويمكن إجراء التعيين من القائمة المعدة من طرف المركز أو من خارجها مع مراعاة بعض الصفات الواجب توفرها وفقا لنص المادة 40، وفي التحكيم الاتفاقي يمكن للسيكريتير العام المساهمة في إجراء التعيينات التي يطلبها الأطراف إذا لم يخضع النزاع لنظام تحكيم المركز وهذا ما نصت عليه المادة: 06 /ب / 1 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بالجزائر والولايات المتحدة الأمريكية.

كما أن المركز وضع آلية إضافية تسمح باللجوء إليه إذا لم يكن أحد الأطراف من رعايا الدولة المتعاقدة أو لم يكن من بين الدول المتعاقدة، إذ في هذه الحالة لا يخضع النزاع للتحكيم وفقا للاتفاقية، وقد أخذت الاتفاقية الجزائرية مع الاتحاد البلجيكي الليكسمبورجي بهذا النظام وفقا للمادة: 2/09 وفي في الاتفاقية الجزائرية الإيطالية في المادة 2/08/ب والاتفاقية الجزائرية الفرنسية 2/8 والاتفاقية الجزائرية الرومانية في المادة 2/07/ب والاتفاقية الجزائرية الإسبانية في المادة 2/11/د. والاتفاقية الجزائرية الأردنية 7/2/ب والاتفاقية الجزائرية القطرية المادة 2/07.

2-/ دور الغرفة التجارية الدولية بباريس:

يمكن الاستعانة بهذه الهيئة المتخصصة لإجراء التعيينات اللازمة نظرا لمكانة هذه الهيئة دوليا، ولخبرتها في تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار، فقد تلجأ إلى تعيين المحكم أو المحكمين في حالة تقاعس الأطراف عند القيام بهذا الإجراء طبقا للمادة: 4/3/2 من النظام القديم المقابلة للمادة 4/8 من النظام الجديد، ومن التطبيقات العقدية لذلك نجد العقد المبرم بين مصر وشركة (Pan American) سنة 1964 حيث نصت المادة 42/ب منه على أنه: "... وإذا لم يقم الطرف الثاني بتعيين محكم له كما ذكرنا آنفا فإن للطرف الأول الحق أن يتقدم إلى محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية طالبا تعيين محكم ثاني..."[1].

ويمكن القول بأن دور الغرفة التجارية ذو شقين، قد يتفق الأطراف على اختيار المحكمين فإذا كان التحكيم يجري على مستوى هذه الغرفة وما على هذه الأخيرة سوى

[1] أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق صفحة: 64.

تأكيد هذا الاختيار، أما في حالة الخلاف بين الأطراف فتقوم الغرفة بإجراء هذا التعيين حسب الحالة[1].

ففي نزاع قام بين الأردن والعراق، تم تعيين المحكم الثالث رئيسا من جنسية البحرين وبالرجوع إلى بعض العقود التي أبرمتها الجزائر قبل الإصلاحات نجد الإحالة إلى الغرفة التجارية الدولية كان واضحا، فالعقد المبرم بين الجزائر وشركة (TRAPSA) بتاريخ: 1971/12/15 حول نقل البترول الخام بنص المادة: 5/8 على الإحالة إلى رئيس الغرفة التجارية الدولية لإجراء التعيينات اللازمة وهذا بناء على طلب أحد الأطراف لإجراء هذا التعيين (أي محكم الطرف المتقاعس). وفي حالة عدم اتفاق المحكمين على اختيار المحكم الثالث وفي مدة 15 يوما من تعيين آخر المحكمين يقوم كذلك رئيس الغرفة التجارية الدولية بهذا التعيين.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الأخيرة نجد تكريس دور الغرفة التجارية الدولية في إجراء التعيينات اللازمة، إذ تنص المادة 3/7/ب من الاتفاقية الجزائرية القطرية على أنه: "... إذا لم تتم التعيينات خلال المدد المشار إليها في الفقرة (أ) يحق لأي من طرفي النزاع في حالة غياب أي اتفاق آخر، أن يطلب من رئيس الغرفة الدولية للتجارة بباريس إجراء التعيينات اللازمة ..."

كما تنص المادة 2/11/ب من الاتفاقية الاسبانية على أنه "... وإذا لم يكن ممكننا حل النزاع في مدى 6 أشهر ابتداء من تاريخ الإشعار المذكور في الفقرة الأولى، فإن المستثمر يستطيع بناء على اختياره تقديمه لتحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس..."

3-/ دور الغرفة التجارية بستوكهولم:

كما أدرجت بعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر دور الغرفة التجارية بستوكهولم لإجراءات التعيينات بالنسبة للمحكمين الأعضاء أو الرئيس، إذ نجد الرجوع إلى هذه الهيئة أقوى من الرجوع إلى الغرفة التجارية بباريس (C.C.I.) وهذا ما يتجلى واضحا في الاتفاقيات التالية:

[1] Terki Nourreddine : L'arbitrage commercial international en Algérie. Op.cit page 78-79.
Et Bouzana Belkacem : Op.cit page 384.

في الاتفاقية الجزائرية الأردنية تحيل على رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم إذ تنص المادة 2/7/ج على أنه: "... وفي حالة عدم احترام الآجال المشار إليها أعلاه، فإنه يمكن لكل طرف في الخلاف طلب من رئيس هيئة التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم للقيام بالتعيينات اللازمة..."

وقد نصت المادة: 3/8/ج على ذات الإجراءات في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية وكذا المادة: 3/9/ب من الاتفاقية الجزائرية المالية، والمادة: 2/07/ب من الاتفاقية الجزائرية المصرية.

والملاحظ في شأن هذه الاتفاقيات أنها جاءت بصياغة موحدة في معظم موادها الأمر الذي يوحي على أن هناك نموذجا اعتمده الطرفان في إبرام هذه الاتفاقيات، كما يلاحظ دور هيئة التحكيم التجارية بستوكهولم أكثر من غيرها من المؤسسات التحكيمية، عكس ذلك مرحلة رفض التحكيم التجاري الدولي أي كان دور الغرفة التجارية الدولية بباريس أكثر من غيرها.

أما الاتفاقية الجزائرية الإسبانية فقد أعطت حق الاختيار للمستثمر الأجنبي لعرض النزاع كاملا على محكمة تحكيمية وفقا لنظام مؤسسة التحكيم للغرفة التجارية بستوكهولم وهذا طبقا لنص المادة: 2/11/ب من الاتفاقية المذكورة.

4-/ دور الأمين العام للأمم المتحدة:

أشارت الاتفاقية الجزائرية الإيطالية إلى دور الأمين العام للأمم المتحدة لإجراء التعيينات اللازمة استثناءا وهي الوحيدة من بين الاتفاقيات المذكورة التي أخذت بهذا الاختيار، إذ تنص المادة: 2/08/ج على أنه: "...إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدى ستة أشهر من تاريخ رفع طلب كتابي بهذا الصدد فيمكن للمستثمر المعني رفع الخلاف لإحدى الهيئات المشار إليها فيما يلي دون سواها... محكمة تحكيمية أنشأت لهذا الغرض طبقا لأحكام المادة 09 من هذا الاتفاق ...".

نلاحظ أن إحالة المادة 2/08/ج إلى إجراءات تشكيل المحكمة التحكيمية بصدد النزاعات المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بين الدولتين المتعاقدتين، وهذا يوجد مجاله

في القانون الدولي العام، بينما النزاعات الناجمة عن التجارة الخارجية فتخضع للقانون الدولي الخاص عندما يكون المستثمر شخص طبيعيا أو معنويا طرفا في النزاع، أما المادة 4/9 من الاتفاق فتنص بصدد التعيينات اللازمة على دور الأمين العام للأمم المتحدة بقولها:

"... وفي حالة ما إذا لم تحترم الآجال المحددة في الفقرة الثالثة أعلاه، فإنه وفي غياب كل اتفاق قابل للتطبيق تقوم إحدى الدولتين المتعاقدتين باستدعاء الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة للقيام بالتعيينات اللازمة، أو الأمين العام المساعد مع شرط الجنسية...".

كما نلاحظ أيضا بأن هذا الاختيار استثنائي يكون فقط في حالة عدم اللجوء إلى الهيئات الأخرى المذكورة في المادة: 2/8/أ / ب، وكذلك في حالة عدم وجود أي اتفاق آخر على اختيار جهة أخرى للقيام بالتعيينات اللازمة، لذلك تم وضع الأمين العام للأمم المتحدة احتياطيا لإجراء هذا التعيين.

وفي تقديرنا نجد أن الاتفاقية قد أخلطت بين النزاعات الخاضعة للقانون الدولي العام والتي تكون من اختصاص الأمين العام للأمم المتحدة ودوره الخصب لمثل هذه النزاعات، وبين النزاعات الخاضعة للقانون الدولي الخاص المتعلقة بمسائل التجارة والاستثمار، والتي لا تتلاءم إحالتها على الأمين العام للأمم المتحدة، لكن نفضل لو أرجع الاختصاص لأي جهة متخصصة في التحكيم أو القضاء الوطني.

وقد انتقد بعض الفقهاء هذه الإحالة الواردة في نص المادة: 2/8 من الاتفاقية معتبرا أن هذه الشروط معيبة لأنه ليس من اختصاص الأمين العام للأمم المتحدة التدخل في النزاعات الخاضعة للقانون الخاص[1].

هذا وقد خول الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1965 اختصاص إجراء التعيينات اللازمة لرئيس محكمة العدل الدولية وهذا في المادة: 2/46 من الاتفاق[2].

---

[1] Issad Mohand : ‘’ deux conventions bilatérale pour la protection des investissements’’ page 731.

[2] الدكتور أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، صفحة 65 – 73.
وهناك عقود دولية كثيرة بين مختلف الدول تحيل إلى رئيس محكمة العدل الدولية لإجراء التعيينات اللازمة.

5-/ دور الجامعة العربية في إجراء التعيينات اللازمة:

نصت المادة 3/2 من الملحق الخاص بالتوفيق والتحكيم الوارد في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية على دور الأمين العام لجامعة الدول العربية، في تعيين المحكمين. إذ تنص في هذا الشأن:

"... إذا لم يعين الطرف الآخر محكما أو لم يتفق المحكمان على تعيين المحكم المرجح خلال الآجال المقررة لذلك تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين بينهم المحكم مرجح، ويكون لكل طرف أن يطلب تعيينهم من جانب الأمين العام لجامعة الدول العربية ...".

أما الاتفاقية الجزائرية السورية فتحيل النظر في النزاع المتعلق بالاستثمار إلى نظام التوفيق أو التحكيم أو إلى محكمة الاستثمار العربية وفقا للأحكام الواردة في الاتفاقية الموحدة السالفة الذكر حيث تتخذ مقرها في المقر الدائم لجامعة الدول العربية.

ومن هنا نقول أن الاتفاقيتين المذكورتين هما وحدهما اللتان تقرران دور الهيئات الدولية العربية وتستبعدان بذلك دور الهيئات الغربية المتخصصة في التحكيم لكننا لاحظنا بأن الاتفاقيات الثنائية بين الجزائر وبعض الدول العربية تحال إلى الهيئات الدولية الغربية، وبالتالي يكون اطمئنانها لهذه المؤسسات الغربية أكثر من الهيئات العربية، وهذا ما يؤكد قلة الثقة أو انعدامها بين هذه الدول ووضعها السلبي في الساحة الدولية.

المبحث الثاني:

القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار:

بعد تشكيل الهيئة التحكيمية، وقبولها نظر النزاع، يقع على عاتق هذه الهيئة واجب تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهنا ينبغي البحث عن القانون الذي تطبقه على المسائل المتعلقة بالإجراءات بعد ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن البحث في القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم الخاصة بمنازعة الاستثمار يثير مسألة القانون الإجرائي ومسألة القانون الموضوعي. فالمقصود بالقانون الإجرائي القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على الإجراءات التي تتم أمامها أو تتخذها هي

لنظر النزاع تمهيدا للفصل فيه، والمقصود بالقانون الموضوعي، القانون الذي يحكم موضوع النزاع وحقوق الأطراف والتزاماتهم التي تترتب على الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية[1]. وعليه سوف نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين:

- المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.
-

المطلب الأول:
القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

اعتبارا من أن التحكيم يعتمد في جوهره على اتفاق الخصوم لذلك نجد أن أغلب القوانين الداخلية للدول تتفق على إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة أي حرية الأطراف في تحديد قواعد الإجراءات، أو الإحالة على قانون أو نظام معين، غير أن إرادة الأطراف قد تتخلف أو يشوبها قصور، لذا كان لابد من البحث عن ضوابط أخرى يمكن عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وغالبا ما يستعان في هذا الشأن بهيئة التحكيم، أو بقانون مقر التحكيم وذلك ما تبنته القوانين الداخلية وكذا الاتفاقيات أو القانون الدولي.

وعلى ضوء ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

- الفرع الأول: خضوع إجراءات التحكيم في منازعة الاستثمار لقانون الإرادة.
- الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في منازعات الاستثمار الأجنبي (عند عدم اتفاق الأطراف).

الفرع الأول:
خضوع إجراءات التحكيم في منازعة الاستثمار لقانون الإرادة.

يعتبر خضوع القانون الإجرائي لاختيار الأطراف هو الأصل المعتمد لدى القوانين الوطنية للدول ومتفق عليه في الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة

[1] **أنظر الدكتور محمد سليم العوا**: القانون الواجب التطبيق في منازعة التحكيم. مجلة التحكيم العربي العدد 10 سبتمبر 2007 ص 65.

كمبدأ يقوم عليه خضوع إجراءات التحكيم في منازعات الاستثمار لقانون الإرادة. إذ يستوي في تطبيق ذلك عند اللجوء إلى التحكيم الإتفاقي أو في التحكيم لدى الهيئات المتخصصة.

ومقتضى هذا المبدأ أن تخضع إجراءات التحكيم للقانون الذي يختاره الأطراف في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، فهناك عدة إمكانيات متاحة أمام الخصوم عن اختيار إجراءات التحكيم. فقد يتولى الخصوم أو الأطراف بأنفسهم وضع إجراءات التحكيم، وقد يتفق الخصوم على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم، وقد يتفقون على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين، أو في لائحة مركز دائم للتحكيم. ومن الثابت أن مجرد الاتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في مركز التحكيم يعني ضمنيا الاتفاق على إتباع لائحة هذا المركز لما يشتمل عليه من قواعد تتعلق بالإجراءات، وقد كرست هذا المبدأ المادة: 1494 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[1] لمبدأ سلطان الإرادة وهي تعطي للأطراف ثلاثة اختيارات:

- إما وضع قواعد الإجراءات مباشرة أي دون الاستناد إلى أي قانون وطني كان.
- أو الإحالة على نظام تحكيمي معين حيث يتم إعمال الإجراءات الموجودة فيه.
- وأخيرا وفي حالة غياب الخيارين السابقين يمكن إخضاع الإجراءات لقانون وطني.

وقد أعاب بعض الفقهاء الاختيار الأول وهو وضع إجراءات التحكيم مباشرة من طرف الأطراف، أي وضع القواعد المادية للإجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية خاصة في التحكيم الاتفاقي، لأن هذه الطريقة قد تسبب عراقيل تحول دون إتمام الإجراءات بسبب قصورها وعدم إلمام الأطراف بكل الجوانب الإجرائية، وبالتالي إعاقة الهيئة التحكيمية في مهامها، ولذلك يمكن للأطراف دائما في إطار مبدأ سلطان الإرادة اختيار القواعد الإجرائية لدى الهيئات التحكيمية المتخصصة، فإذا اختار الأطراف نظام تحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية فإن القواعد الإجرائية لدى هذه الغرفة هي المطبقة، وقد حكمت محكمة استئناف باريس بهذا الموقف[2].

---

[1] ’’… La convention d’arbitrage peut directement ou par référence a un règlement d’arbitrage, régler la procédure a suivre dans l’instance arbitral ; elle peut aussi soumettre celle si à la loi de procédure a qu’elle détermine … ‘‘

[2] **حكمت محكمة باريس على أنه**: "... بالنسبة لشرط التحكيم الذي يمنح الاختصاص للغرفة التجارية الدولية فإن نظام هذه الهيئة هو بالضرورة لساري وقت إجراءات التحكيم..."

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية مبدأ سلطان إرادة الأطراف لتحديد القانون الإجرائي بالنزاع وهذا بقرارها الصادر في: 1955/12/09.

كما أخذ المشرع المصري بقانون الإرادة كأصل عام لتحديد إجراءات التحكيم إذ تناولت المادة 25 من قانون رقم: 27 لسنة 1994 الخاصة بالتحكيم على هذا المبدأ قائلة: "... لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة لأي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم – مع مراعاة أحكام هذا القانون – أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة...".

يظهر وأن هذه المادة قد كرست مبدأ سلطان الإرادة أي إرادة طرفي النزاع في تحديد إجراءات التحكيم التي تتبعها الهيئة وهذا هو الأصل الذي تسير عليه أغلب قوانين الدول قد يتجسد دور الأطراف هنا، إما بوضع القواعد الإجرائية المادية مباشرة. أو بالإحالة على نظام التحكيم المتخصص. واستثناء تقوم الهيئة التحكيمية بتحديد القانون أو الإجراءات التي تتبعها حسبما تراه مناسبا.

من خلال ما سبق يمكن أن نتفحص موقف المشرع الجزائري من مبدأ سلطان الإرادة في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، لقد جاءت المادة: 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "... يمكن أن تضبط في اتفاقيات التحكيم لإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيمي، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. وإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك فتتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون نظام تحكيمي[1].

نلاحظ في البداية أن المشرع الجزائري قد أخذ بحرفية المادة 1494 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وبالتالي احتفظ بنفس الخيارات الثلاثة التي جاءت في المادة مكرسة إرادة الأطراف وفقا لاتفاق التحكيم بتحديد مباشرة إجراءات التحكيم مع الإشارة هنا إلى نفس العراقيل التي يمكن أن تحدث سواء بعدم تضمين كل القواعد الإجرائية ماديا

[1] يقابل هذه المادة في القانون القديم: المادة 458 مكرر6. من المرسوم التشريعي رقم: 09/93.

في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم بالإضافة إلى إمكانية إغفال إجراء جوهري أو إدراج إجراء مخالف للنظام العام.

وتفاديا لمثل هذه النقائص منحت المادة الخيار للأطراف في تحديد القواعد الإجرائية الموجودة في الأنظمة التحكيمية لدى الهيئات ومراكز التحكيم المتخصصة، إذ بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين يتم إعمال نفس الإجراءات الواردة في هذا النظام التحكيمي.

وبالرجوع إلى الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال الاستثمارات نجد هذا الخيار مكرسا بصدد قانون الإرادة والإحالة إلى نظام تحكيمي لدى هيئة من الهيئات المتخصصة، وفي غياب الخيارات السابقة يمكن كذلك تنفيذا لإرادة الأطراف اختيار القواعد الإجرائية لقانون وطني معين قد يكون قانون الطرف الجزائري أو الأجنبي، وهذا بتضمين اتفاق التحكيم بهذا الشرط مع احترام حقوق الدفاع وكذا النظام العام الدولي، وهذا تحت طائلة بطلان اتفاق التحكيم أو الحكم التحكيمي.

ومن خلال هذه الخيارات نلاحظ أن المشرع الجزائري قد استبعد الإحالة على القواعد الإجرائية لقانون مكان إجراء التحكيم بل أعطى المشرع احتياطيا الاختصاص للهيئة التحكيمية لاختيار الإجراءات المناسبة، كما أنه قام باستبعاد إمكانية إعمال قواعد تنازع القوانين ومن هنا نستنتج بأن القاعدة الأصلية في القانون الواجب التطبيق هي إرادة الأطراف، وهي حرية واسعة في اختيار القانون المناسب سواء في التحكيم الاتفاقي أو المؤسسي.

وبمراجعة الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم نجد أنها قد أخذت بمبدأ خضوع الإجراءات لقانون الإرادة، إذ نصت على هذا الأصل في إعطاء الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم الإجراءات. المادة 1/8 من النظام القديم للغرفة التجارية الدولية[1].

[1] تنص المادة المذكورة على أنه: "... إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية فإنها تخضع لهذا النظام..."، وهو ما نصت عليه أيضا المادة 11 من نفس النظام التي تنص على أنه: "... إن القواعد الواجبة التطبيق على الإجراءات أمام المحاكم هي تك المستمدة من هذا النظام وعند سكوته فيجب تطبيق القواعد التي تحددها الأطراف، وعند اتفاق تحديد الأطراف يتولى المحكم تحديدها..."

كما كرست اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1985 الخاصة بالقانون النموذجي هذا المبدأ في المادة: 1/19 وكذا المادة 1/05/د من اتفاقية نيويورك لسنة 1958. إذ تنص على وجوب الرجوع في شأن إجراءات التحكيم إلى قانون الإرادة بقولها على أنه لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم إلا إذا كانت الإجراءات التي تمت وفقا لقانون الإرادة وعند تخلف الإرادة تتم وفقا لقانون المكان الذي جرى فيه التحكيم وهو ما يعني أن الأولية في نظر اتفاقية نيويورك لإرادة الأطراف.

كما أن اتفاقية جينيف الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 قد فرقت بخصوص تحديد القانون المطبق على الإجراءات بين التحكيم الخاص وبين حالة اللجوء إلى تحكيم منظم، وفقا للائحة المركز، حيث تركت للأطراف حرية تحديد قواعد الإجراءات التي يطبقها المحكمون في الحالة الأولى، بينما يخضع التحكيم في الحالة الثانية للإجراءات الواردة في لائحة مركز التحكيم وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية واشنطن لتوسية منازعات الاستثمار لسنة 1965 حيث تنص في المادة: 44 على خضوع إجراءات التحكيم لهذه المعاهدة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

نستخلص من هذا الاستعراض لمختلف التشريعات الوطنية والدولية وأحكام التحكيم الصادرة في منازعات الاستثمار، قد أخذت بالمبدأ العام لسلطان الإرادة لخضوع الإجراءات للقانون الذي يحدده الأطراف، ويجب على هيئة التحكيم الالتزام بهذ المبدأ وعدم مخالفته.

الفرع الثاني:

تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في منازعة الاستثمار عند عدم اتفاق الأطراف:

تظهر مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم بوضوح عند عدم الاتفاق بين الأطراف على الإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم. ولقد ظهر اتجاه يرجح إعمال قانون مقر التحكيم باعتباره قانون الإرادة الضمنية، حيث أن اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار مقر التحكيم يشير ضمنيا إلى تطبيق قانونه، وظهر اتجاه آخر يميل

إلى إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة وسنأتي على تفصيل هذه الأمور في فقرتين هما:

- الفقرة الأولى: خضوع إجراءات التحكيم لمقر التحكيم.
- الفقرة الثانية: تحديد إجراءات التحكيم بواسطة هيئة التحكيم.

الفقرة الأولى: خضوع إجراءات التحكيم لمقر التحكيم:

تظهر أهمية قانون مقر التحكيم حيث ينعدم اتفاق الأطراف بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات أو كفاية القواعد التي اتفقوا عليها.

فإذا كان اختيار مقر التحكيم يؤخذ به بصورة احتياطية، إلا أن بعض القوانين قد أخذت به كأصل عام على حساب إرادة الأطراف ومثال ذلك ما أخذ كأصل عام القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص لسنة 1987 في مادته 1/176 التي توضح الرابطة الموجودة بين مقر التحكيم والقانون الإجرائي المطبق. إذ يفهم من نص هذه المادة بأن إجراءات التحكيم تخضع لقانون البلد الذي يجري التحكيم على إقليمه، ويكون على الأقل أحد الأطراف وقت إبرام اتفاق التحكيم موطنه أو إقامته المعتادة خارج سويسرا، أي بمفهوم المخالفة لا يكون أحد الأطراف متوطنا بسويسرا.

وإذا كان كل من المشرع المصري في المادة 25 من قانون 1994 والفرنسي في المادة 1494 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والمشرع الجزائري في المادة: 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. قد استبعدوا الأخذ بمبدأ مقر التحكيم في حالة تخلف إرادة الأطراف عن تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق وترك ذلك التحديد لهيئة التحكيم.

إلا أنه بالرجوع إلى تحليل معيار اعتبار التحكيم التجاري دوليا الذي اعتمده المشرع الجزائري باعتناق المعيار الاقتصادي والمعيار القانوني، يكون قد اقتدى بالمادة 176 من القانون السويسري حينما اشترط في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية

والإدارية في تحديد مفهوم التحكيم على أن يكون التحكيم يخص النزاعات التي تتعلق بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل[1].

وبهذا التعريف للتحكيم الدولي نجد المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ مقر التحكيم كأساس للقانون الإجرائي الواجب التطبيق عند سكوت إرادة الأطراف. فهنا تظهر أهمية قانون مكان التحكيم الذي يتم على أساسه تحديد القانون الواجب التطبيق، فمتى اعتبر التحكيم دوليا اكتسب الصفة الأجنبية ويتسنى تنفيذ قراره وفقا لمعاهدة نيويورك لسنة 1958.

وقد يحصل أن يتم تطبيق القانون الوطني لأحد الأطراف، لكن في مكان غير دولة هذا الطرف، فيعتبر التحكيم أجنبي لكن قد يثور التساؤل عن المكان الحقيقي الذي يعتد به عند تعدد الجلسات، إذ تتم الإجراءات في المكان المعين، ويصدر الحكم التحكيمي في مكان آخر مما يصعب تحديد المقر، فيعتد غالبا هنا بقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

وبالرجوع إلى العقود الدولية في هذا المجال. نجد ما يحدد القواعد الإجرائية طبقا لقانون الدولة التي ينعقد فيها التحكيم.

أما عند خلو العقود الدولية من القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات فهنا وحسب بعض الفقهاء ينبغي إعمال الإجراءات المنصوص عليها في الدولة التي تعقد فيها الهيئة التحكيمية جلساتها[2].

وقد سبق للاتفاقيات الدولية أن أيدت هذا الموقف حيث أخضعت القواعد الإجرائية المطبقة على التحكيم لقانون مكان إجرائه، فاتفاقية جينيف لسنة 1923 الخاصة بالتحكيم أكدت على ذلك في المادة 02، كما أكد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على هذا في المادة: 1/5/د على أنه "... لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها

---

[1] ذلك ما يتضح بشكل اقرب في النص القديم المادة 458مكرر من المرسوم التشريعي رقم: 09/93. المؤرخ في: 1993/04/25 التي تنص على: "... يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج..." أي يكون مقر أو موطن أحد الطرفين خارج الجزائر أو خارج سويسرا بحسب المادة 1/176 من القانون السويسري.

[2] **أنور عبد الحميد عشوش**: المرجع السابق صفحة 82 .

''... La procédure y compris la constitution du tribunal arbitral est réglé par la volanté des parties et par la loi du pays sur le territoire du quel l'arbitrage a lieu ...''

الاعتراف والتنفيذ، الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفا لما اتفق عليه الأطراف ولقانون البلاد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق...".

كما نصت المادة 2/1 من القانون النموذجي لسنة 1985 على أنه: "... باستثناء أحكام مواد: 08، 09، 35، 36 تنطبق أحكام هذا القانون فقط إذا كان مكان التحكيم واقعا في إقليم هذه الدولة...".

إذ يفهم أن أحكام المواد 08، 09، 35، 36 تنطبق عليها قواعد القانون النموذجي أيا كان مكان التحكيم.

وبالنسبة إلى اتفاقية واشنطن لسنة 1965 خولت أصلا للأطراف تحديد القواعد الإجرائية وفي حالة عدم الاتفاق تقوم المحكمة التحكيمية بذلك مستندة إلى قانون الدولة الطرف في النزاع. بما فيها قواعد التنازع، وكذا مبادئ القانون الدولي الواجب التطبيق حيث بتطبيق قواعد التنازع قد يؤدي إلى تطبيق قواعد الإجراءات المنصوص عليها في قانون محل انعقاد المحكمة وفقا لنص المادة: 42 من الاتفاقية وكذا المادة: 16 من نظام التحكيم للغرفة التجارية (C.C.I.).

في حين أن بعض الاتفاقيات لم تشر إلى قانون مكان إجراء التحكيم مثل اتفاقية جينيف الأوروبية لسنة 1965 التي لم تعتبر مقر التحكيم في أي حالة معيارا لتطبيق القانون الإجرائي[1].

وقد ذهب رأي آخر من أنصار القانون الإجرائي لمقر التحكيم إلى القول بأن قانون محل التحكيم لا يسري على إجراء التحكيم إلا أذا كان القانون هو قانون دولة طرف في النزاع أما إذا كان النص على إجراء التحكيم في بلد أجنبي، فلا يسري قانون هذا البلد على إجراءات التحكيم وبالتالي يميز هذا الرأي بين التحكيم الذي يتم فوق إقليم الدولة المتعاقدة وبين التحكيم الذي يتم في بلد أجنبي عن الأطراف، ففي الحالة الأولى يطبق القانون الوطني للدولة المتعاقدة في شأن الإجراءات، أما في الحالة الثانية فلا يطبق قانون المحل.

[1] **أحمد عبد الحميد عشوش**: المرجع السابق. صفحة 83. هامش 2، والصفحة 85.

لقد استند هذا الرأي في موقفه إلى فكرة السيادة وكذلك إلى أن هناك أسباب أخرى غير القانون المطبق تؤدي إلى اتخاذ بلد ما، مكانا لإجراء التحكيم[1].

الفقرة الثانية: تحديد إجراءات التحكيم بواسطة هيئة التحكيم:

هناك اتجاه بارز في القانون المقارن يعطي بصفة استثنائية واحتياطية لهيئة التحكيم حرية تامة في اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة النزاع ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، أو عدم الإشارة إلى ذلك سواء بوضع إجراءات مباشرة دون الاستناد إلى قانون معين، أو بالإحالة على قانون أو نظام تحكيم معين، وحتى لا يفقد التحكيم فعاليته وجديته وتفاديا لأي فراغ قانوني نصت أغلب القوانين الوطنية المقارنة وكذا الاتفاقيات الدولية على دور هيئة التحكيم في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة سواء بالإحالة على قانون وطني معين أو على نظام تحكيمي محدد، وفي سياق الأمثلة على ذلك المنحى، فقد أخذ كل من المشرع المصري والفرنسي الذي سايره المشرع الجزائري في هذا الاتجاه في القانون القديم أو القانون المعدل فقد نص المشرع المصري في المادة 25 من القانون رقم: 27 لسنة 1994 على أنه: "... فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة..." تماشيا مع ما نص عليه المشرع الفرنسي بالمادة: 1494 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1981[2] .

وإذا كان هذان القانونان قد وفقا في تغطية الفراغ القانوني المحتمل عند عدم النص باتفاق التحكيم على القانون الواجب التطبيق بإعطاء نفس الحرية للمحكمين في تحديد هذا القانون، سواء بتحديد قانون وطني لدولة أحد الأطراف أو من الغير. أو الإحالة على نظام تحكيمي معين أو تطبيق المبادئ العامة للقانون، فإن المشرع الجزائري قد واكب نفس

---

[1] ومن القضايا التي طرحت على قضاء التحكيم التجاري الدولي بصدد القانون الإجرائي الواجب التطبيق نجد أن الحكم التحكيمي الصادر في: 1973/10/10 عن المحكم الفرد الذي اتخذ "كوبن هاغن" (الدانمارك) مقرا له في نزاع بين الحكومة الليبية وشركة بترولية إنجليزية حيث طبق المحكم قانون دولة مقر التحكيم، كما أنه في قضية سافير "SAPPHIRE" صدر حكم تحكيمي في لوزان باعتباره مكان إجراء التحكيم طبقا لقانون إجراءات مقاطعة "فود" حيث جاء في الحكم التحكيمي الذي أصدره المحكم الفرد مبررا بسبب الأخذ بقانون المقاطعة أنه:

''C'est même cette interprétation de la volante des parties été rejetée, la règle est qu'à défaut d'accord des parties, l'arbitrage soumis à la souveraineté judiciaire du siège de l'arbitrage…''

لكن في قضيتي "أرامكو " و "تكساكو" لم يطبق المحكم قانون إجراء التحكيم أي القانون السويسري باعتباره قانون التحكيم

[2] Dans le silence de la convention l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin soit directement, soit Par référence a une foie ou a un règlement d'arbitrage.

الاتجاه بل أخذ حرفيا من المادة 1494 وصاغها في المادة 458 مكرر3/06 حينما نصت على أنه: "... إذا لم ينص الاتفاق على ذلك ولم يحصل اتفاق بين الطرفين تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيمي معين كلما تطلبت الحاجة إلى ذلك..." وهو نفس التوجه الذي احتفظ به القانون المعدل بالمادة: 1043 فقرة02 و 3 من القانون المعدل الجديد[1].

إلا أن إعطاء الحرية لهيئة التحكيم في اختيار القانون المناسب عند غياب إرادة الأطراف في تقرير ذلك، يجعلنا نعود إلى أهمية حسن اختيار المحكمين من طرف المؤسسات العمومية الاقتصادية أو لم تقم أصلا باختيارهم إذ ذلك لا يخلو من خطورة الانحياز لقانون معين لا يخدم هذه المؤسسات رغم إمكانية التمسك بفكرة النظام العام الدولي أثناء مخالفة القانون الإجرائي له. كعدم احترام حقوق الدفاع أو إغفال إجراء جوهري، وذلك ما يستدعي إلى رفع دعوى بطلان الحكم. إلا أن حرية المحكم في اختيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق ليست مطلقة أو نهائية فإنه يخضع لرقابة سلطة دولة مقر التحكيم أو في دولة تنفيذ الحكم، إذ يجب على المحكم مراعاة النصوص الآمرة في دولة مقر التحكيم.

أما في الاتفاقيات الدولية فقد نصت على ذلك في المادة 1/15 من قواعد التحكيم للجنة الامم المتحدة المحددة للقانون التجاري الدولي (U.N.C.I. TRAL) على أنه لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات، فرصة كاملة لعرض قضيته، كما تنص المادة 19 من القانون النموذجي[2]. على أنه: "... مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة ...". وقد ورد هذا المعنى في المادة: 40 من لائحة إجراءات مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لسنة 1993، حيث نصت على

---

[1] نصت الفقرة الأخيرة من المادة 1043 على أنه: "... إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة، مباشرة أو استنادا إلى قانون، أو نظام تحكيم..."

[2] القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدتها اللجنة المذكورة في: 1985/06/21.

أنه: "... فيما لم يرد به اتفاق خاص بين الخصوم، فتختص هيئة التوفيق أو التحكيم بتحديد القواعد الإجرائية والموضوعية اللازمة للفصل في النزاع المعروض عليها ...".

لكن الإشكال الذي يبقى مطروحا حينما تغفل بعض العقود الدولية الإشارة إلى القواعد التي تنظم إجراءات التحكيم وبالتالي يثور التساؤل على ماهية القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، وتصديا للجواب عن حل لهذه الثغرة يقول "فيليب فوشار" : "... لما كان التحكيم يتأسس على مبدأ الرضائية، فإنه يتعين على أطراف النزاع عند وضع عقد التحكيم الخاص، فالاتفاق حول القواعد التي تنظم التحكيم، وفي حالة غياب مثل هذا الاتفاق فإن المحكمة التحكيمية تقوم باستخلاص هذه القواعد من النية المشتركة للأطراف، وعندما تعجز المحكمة عن استخلاص تلك النية المشتركة للأطراف، فلا مجال من تطبيق القواعد العامة في القانون الدولي الخاص، والتي تقضي بخضوع المسائل الإجرائية لقانون محل الفصل في النزاع. أي أنه على محكمة التحكيم أن تتبع وتحترم الإجراءات المقررة في الدولة التي تعقد فيها جلساتها[1].

فمن الأخطار التي تنجم عن إعطاء محكمين (استثناء) اختصاص تحديد القواعد الإجرائية المناسبة، تعترضنا إمكانية انحيازهم لقانون إجرائي معين خدمة لمصلحة طرف معين، حيث غالبا ما يلجئون إلى المبادئ العامة على حساب القوانين الوطنية التي هي في الكثير من الأحيان تكون صالحة لإعمالها كقواعد إجرائية عن النزاع أو حتى على موضوع النزاع كما سنعرضه لاحقا. ومن الأمثلة في ذلك قضية "أرامكو " و " تكساكو " "سافير".

المطلب الثاني:

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

من أهم قضايا التحكيم لحسم منازعات الاستثمارات الأجنبية، معرفة وتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو لا يقل أهمية عن تحديد القانون المطبق على الإجراءات، وليس واجبا على الأطراف تحديد قانون موحد يحكم الإجراءات والموضوع في آن واحد، بل قد يختلف القانون الذي يحكم موضوع النزاع عن ذلك

[1] **Fauchard Philip** : l’arbitrage commercial international : VOL 11 paris page 319-327.

القانون الذي يحكم مسائل الإجراءات، واختيار القانون المطبق على موضوع النزاع له أهمية بالغة في العقود الدولية، وذلك لأن القانون المذكور هو إصدار حكم التحكيم وبالتالي حسم النزاع وإنهائه، بعد التأكد من مدى صحة بنود العقد وفي حالة غموضها أو عدم كفايتها يتم الاستناد إلى ذلك القانون الموضوعي لتكملة ذلك النقص، والأمر بذلك يختلف بالنسبة للقاضي في الدولة الذي يتعين عليه تطبيق قانون الدولة التي يستمد منها سلطته بينما الصعوبة تظهر بالنسبة للمحكم الذي يستمد سلطته من اتفاق التحكيم وبمعنى آخر إن سلطة المحكم هي إرادة الطرفين، فهو يمارس مهمته التي يتأصل لها أساسا في العقد.

كما يمكن للأطراف أن يحرروا هيئة التحكيم من التقيد بأي نصوص أو أنظمة قانونية وإطلاق حريتها وفقا لما تراه محققا للعدالة والإنصاف.

وعموما فإن العمل الذي يواجه المحكم في منازعات عقود الاستثمار الأجنبي بشأن اختيار القانون، أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع تتلخص في البحث عن القانون من خلال إرادة الخصوم وفي تبيان هذه الإرادة أو الاختيار يكون البحث قانون وطني من خلال إعمال المحكم قواعد تنازع القوانين وأخيرا ومن خلال بحثه في حل النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف وعليه ولكل ما سبق نقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

- الفرع الأول: تطبيق المحكم لقانون وطني من اختيار الخصوم. (تطبيق قانون إرادة الأطراف).
- الفرع الثاني: تطبيق المحكم الدولي لقانون من خلال إعمال قواعد تنازع القوانين.
- الفرع الثالث: الفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف.

الفرع الأول:

تطبيق المحكم لقانون إرادة الأطراف:

يمكن أن يتفق أطراف العقد في اتفاق أو شرط التحكيم على إخضاع موضوع النزاع إلى قانون موضوعي معين مع مراعاة القواعد الآمرة التي يحتم المشرع تطبيقها وإعادة اعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو لحماية النظام والآداب العامة. إذ قررت غالبية التشريعات المقارنة إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية لهذا القانون[1].

[1] **الدكتور كمال إبراهيم**: التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي.

وفي تكريس إرادة الخصوم في تحديد هذا الاختيار نجد المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، تنص على هذا الأصل بأنه:

''...L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ... ''

يفهم من النص أن المشرع الفرنسي قد فرض مسبقا على الأطراف تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، وماعلى المحكمين إلا تطبيقه، أي أن المشرع يشير إلى قواعد القانون أي (Les règles de droit) ولذلك يمكن للأطراف أن يخضعوا النزاع إلى قانون وطني معين سواء كان قانون أحد الأطراف أو قانونا أجنبيا آخر، وبالتالي فإن تعبير قواعد القانون يعطي الحرية الكاملة للأطراف لتحديد نوع هذه القواعد، فقد تكون وطنية أو دولية ما لم تكن مخالفة لقواعد النظام العام بالمفهوم الدولي، كما قد يكون القانون المحدد أو القواعد الخاصة بتنازع القوانين.

إلا أن المشرع المصري قد منح الأولوية للأطراف لتحديد القانون المطبق على النزاع، وعند اختيار قانون موضوعي معين يتم استبعاد قواعد التنازع لذلك القانون، وهذا حسب إرادة الأطراف[1].

إذ أن المحكم يصدر حكمه وفقا لقانون الإرادة الذي اختاره الأطراف بمطلق الحرية لكن يظهر بأن المشرع المصري قد استبعد قواعد التنازع عندما يختار الأطراف قانونا موضوعيا معينا.

أمام تأكيد المشرعين الفرنسي والمصري لدور الأطراف في تحديد القانون الموضوعي، لنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري. فقد نصت المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "... تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة "[2].

---

[1] تنص المادة 1/39 من القانون المصري على أنه: ".. تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفاقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفقا على غير ذلك ...".

[2] تقابل هذه المادة من القانون الجديد نص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي رقم: 09/93.

يظهر على أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذه المادة من المادة 1496 من القانون الفرنسي، وبالتالي يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبقه المحكمون على النزاع مع مراعاة النظام العام الدولي. فقد أدرج المشرع الجزائري مصطلح (قواعد القانون) التي تفيد التفسير الموسع لاحتمال أن يكون قانونا وطنيا معينا بما فيه قواعد تنازع القوانين وقد يكون اختيار الأطراف منصبا على المبادئ العامة للقانون أو حتى العادات التجارية الدولية.

إزاء هذا التأكيد على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من الهيئة التحكيمية على موضوع النزاع. سنورد بعض الحالات التي تشملها (قواعد القانون):

الفرع الثاني:

تطبيق نظام الإحالة إلى قواعد تنازع القوانين:

يمكن أن تحيل العقود المبرمة في مجال التجارة الدولية سواء في اتفاق أو شرط التحكيم إلى تطبيق قواعد التنازع على النزاع. إذ قد تكون قواعد التنازع لأحد الأطراف أو لقانون مكان التحكيم وبهذا الصدد ينبغي أن يكون الشرط صريحا في العقد وفي هذا السياق نصت المادة: 1/18 من القانون المدني الجزائري بصدد القانون المطبق على العقود الدولية: "... يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي أبرم فيه العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر... ". إذ تشير هذه المادة إلى قانون معين وليس لقواعد القانون فهي قاعدة إسناد تحيل إلى تطبيق قانون موضوعي معين وهو قانون المكان الذي أبرم فيه العقد[1].

ومن المبادئ التي ينبغي أن يراعيها مبدأ سلطان الإرادة حماية للمستثمر الأجنبي نجد مبدأ الثبات التشريعي، فهو مبدأ قد يحد من مبدأ سلطان الإرادة حماية للمستثمر الأجنبي، إذ يقتضي هذا المبدأ، مبدأ الاستقرار التشريعي ببقاء القانون ساريا وقت إبرام

[1] قضت محكمة التحكيم التي اتخذ جينيف مقرا لها في حكم تحكيمي صدر في قضية رقم: 93/7154 بين طالب التحكيم الجزائري (مجهز السفينة) وشركة الملاحة الفرنسية. وطرف آخر حول المطالبة بدين على أساس إبرام أربعة عقود تصليح السفن والتي حولتها شركة بحرية فرنسية لطرف آخر. حيث ادعى الطرف الفرنسي عدم اختصاص الهيئة التحكيمية بصدد هذه العقود لعدم وجود شرط التحكيم. أما الطرف الجزائري فقد استند إلى المادة 25 من العقد التي تنص على أنه: "... إخضاع النزاع لتحكيم لدى الغرفة التجارية الدولية في جينيف بعد فشل الإجراءات الودية، كما أن القانون المطبق هو القانون المختار من طرف المحكمين..." وقد توصلت الهيئة إلى القول بتطبيق القانون الموضوعي الجزائري.

العقد ووقت حدوث النزاع، فقد أكد على هذه الضمانات المرسوم التشريعي: 12/93 الخاص بترقية الاستثمار في المادة: 39 منه وما تلاه من تنفيذ في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمارات[1].

وبالرجوع للعقود التي أبرمتها شركة سوناطراك في السبعينيات نجد أن الكثير منها تحيل صراحة على تطبيق القانون الجزائري أي أن القانون الساري المفعول وقت إمضاء هذه العقود، وليس القانون الساري المفعول وقت حدوث النزاع وهذا لتأكيد مبدأ الثبات التشريعي وتفادي تغيير القانون وهو اختيار يطابق مبدأ سلطان الإرادة[2].

الفرع الثالث:

تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي:

إن الصياغة الواردة في المادة: 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 1496، أو المادة: 1/31 في كل من التشريعات الجزائري والفرنسي والمصري تفيد بإمكانية تطبيق الأطراف المبادئ العامة للقانون الدولي على النزاع إلى جانب ما يسمى بـ: (Usage) التي تعني العادات التجارية الدولية، فالمبادئ العامة للقانون إن لم يتضمنها النص على سبيل التحديد أو الذكر وهي تختلف عن العادات التجارية الدولية فقد كرستها الكثير من العقود الاستثمارية والاتفاقيات الثنائية بالجزائر لاعتبار أن السياسة الاستثمارية الجديدة قد شجعت الاستثمار الأجنبي ببعض الضمانات، تمثلت في إعطاء الأولوية باختيار القانون الملائم أو الأصلح له الذي كثيرا ما يفضل تطبيق المبادئ العامة للقانون وهي قواعد القانون الدولي التي يطمئن إليها أكثر من التشريعات الداخلية في بلدان العالم الثالث.

إن الإحالة على تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي التي أخذت بها الجزائر وبعض البلدان النامية تؤدي إلى استبعاد القوانين الوطنية الداخلية سواء كانت قوانين دول الأطراف أو قانونا أجنبيا من الأطراف، وذلك ما يشكل خطورة على مصالحها بسبب تفسيرها من طرف المحكمين تفسيرا يخدم مصالح الشركات الأجنبية لسبب اختيار هذا

---

[1] **Terki Nourddine** : L'arbitrage commercial international en Algérie. Op.cit. page 103.

[2] **Bouzama Belkacem** : le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie est les sociétés étrangère. OPU Edition publier SND paris 1995 page 389.

المصدر كقانون واجب التطبيق على النزاع، وقد تشتد الخطورة على المؤسسات الوطنية في البلدان النامية حينما يوكل للمحكم اختيار القانون الواجب التطبيق.

الفرع الرابع:

دور الهيئة التحكيمية كمفوض في الصلح:

وفقا لاتفاق أو شرط التحكيم يمكن لأطراف النزاع تسوية نزاعها عن طريق الصلح إذ تكون الهيئة في هذا الصدد مفوضة بالصلح من قبل الأطراف. إذ أن النظر في النزاع كمفوض بالصلح (Amiable composition) يتوقف على موافقة أطراف النزاع على ذلك سواء في التحكيم الإتفاقي أو التحكيم المؤسساتي، وهو ما يعكس مدى ليبرالية التحكيم التجاري الدولي إذ لا يخضع الأطراف في هذه الحالة لأي قانون وطني وهنا يثور التساؤل عن القانون الذي تطبقه الهيئة التحكيمية التي تنعقد كمفوض بالصلح.

بالنسبة للقانون الفرنسي نصت المادة 1497 من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "... يجري المحكم تسوية كمفوض للصلح إذا خوله اتفاق الأطراف هذه المهمة ...". وذلك ما يفيد على أن الرجوع إلى الهيئة التحكيمية كمفوض للصلح[1] بناء على اتفاق الأطراف ويعني أن الأطراف في هذا المنحى سترضى بالحكم التحكيمي الذي يصدر مهما كان القانون المطبق على النزاع.

وبمفهوم المخالفة فإن فصلت الهيئة التحكيمية كذلك دون الاستناد في ذلك إلى شرط أو اتفاق التحكيم، فتكون الهيئة بذلك قد فتحت المجال للأطراف للطعن في الحكم.

إن انعقاد الهيئة التحكيمية كمفوض بالصلح يسمح لها بعدم التقيد بأي قانون فيما يتعلق بالنزاع، إلا ما تعلق بالمجال الدولي فإنها تبقى خاضعة للنظام العام الدولي.

إن تحرير الهيئة التحكيمية من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية مهما كان مصدرها سعيا منها لإجراء نوع من التسوية للنزاع المعروض عليها مستلهمة

[1] **يعرف الأستاذ مختار بريري** (المفوض بالصلح) في ترجمته للمادة 1497 على أنه المنشأ للموائمة الودية. تتعلق بالتحكيم مع التفويض بالصلح لا يراها مناسبة لما تثيره من خلط بين التحكيم والصلح رغم التمايز بينهما ، فالمحكم لا يجري صلحا في حالة تفويضه وإنما يصدر حكما ملزما، غاية ما هنالك إنه لا يصدر هذا الحكم متبنيا نصوص القانون أو تشريع محدد، وإنما هو يوائم بين المصالح ليصل إلى حكم (**ودي**) بمعنى عدم استناده إلى نصوص قانونية وإنما بحسب تقديره الشخصي يستخدمه المحكم بتراضي واتفاق ودي سبق من الطرفين. **أنظر** التحكيم التجاري الدولي ص 140 ط 3، 2007 دار النهضة العربية.

لما تراه محققا للعدالة وما يرضي الضمير، فالمحكم المفوض بالصلح يقوم بعمل (إنساني) خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه تماما كموقف القاضي الجنائي الذي يتمتع بحرية مطلقة في تكوين عقيدته طالما أنه حقق مبدأ المساواة وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعه. ونظرا لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعة الحال لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته، وخلفيته الثقافية العامة. استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلانا صريحا لا لبس فيه عن قصدهم تخويله هذه السلطة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن تفويض المحكمين بالصلح دون التقيد بالنصوص القانونية والاستهداء فقط بما يرونه محققا للعدالة لا يعني منعهم من إعمال وتطبيق قانون معين باعتباره محققا لهذه العدالة، وإن لجأ إلى ما يسمى بقانون التجارة Lex mircatori تعد إعمالا للقانون بل هو أقرب إلى التسوية وفقا لقواعد العدالة إذ تمليه اعتبارات العدالة. (Considération d'équité) أكثر من الاعتبارات القانونية (Plus que les considérations de pure droit). فالواقع إنما يسمى تجاوزا لقانون التجارة - خارج الاتفاقيات الدولية – ليس هو إلا مجموعة من العادات والأعراف التجارية السائدة ذات الطابع المكمل التي لا تتسم بأية صفة آمرة، كما أنه لا يلزم تطبيقها[2] في حالة عدم الاتفاق كما هو الحال في قواعد التشريعات المكملة التي تطبق ما لم يتم استبعادها، وعلى ذلك يمكن القول على أن لجوء المحكمين للأعراف والعادات التجارية الدولية لا يعد حكما وفقا للقانون. فإذا تم الالتجاء إليها فإن هذا قد يتحقق إذا ترك الأطراف اختيار القواعد القانونية المطبقة لاختيار المحكمين ويشمل أيضا حالة تفويضهم للحكم وفقا لقواعد العدالة.

وقد أخذت هذه الطريقة في نظر النزاع حاليا مكانها في كثير من قوانين الدول، كما أخذت مكانها في الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم لدى (CNUCIDI) في المادة: 2/33 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 03/28 التي تقابلها المادة 4/39 من القانون المصري التي تؤكد على هذا الاختيار بقولها: "... يجوز لهيئة التحكيم

[1] أنظر نفس الصفحة 140 من مرجع: التحكيم التجاري الدولي للأستاذ مختار بريري.

[2] راجع د. مختار بريري المرجع السابق ص 145.

إذا اتفاقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون ...".

أما المشرع الجزائري قد كان في القانون القديم، قد أكد كذلك على إمكانية حسم النزاع من طرف الهيئة التحكيمية كمفوض بالصلح[1]. وفقا لما ورد في المادة 458 مكرر 15 وهي مقتبسة من المادة 1497 من القانون الفرنسي، ومنح المشرع الجزائري في ذلك النص يبدوا أنه قد منح الحرية الكاملة لهيئة التحكيم كمفوض بالصلح لتطبيق قواعد العدالة والإنصاف وعدم التقيد بالقانون الموضوعي الواجب التطبيق، فيكون ذلك من باب أولى وأحرى إذا لم ينص الأطراف لا صراحة ولاضمنا على هذا القانون.

أما القانون الجزائري الجديد في التحكيم الداخلي قد حصر المشرع على أن يكون تحكيما بالقانون إذ أكد على أن المحكمين يفصلون في الدعوى وفقا لقواعد القانون[2]، إلا أن قانون التحكيم الدولي فقد ترك للأطراف حرية اختيار القانون الإجرائي أو الموضوعي. فإذا تضمن القانون الأجنبي نصا يعترف بالتحكيم بالصلح وبالعدل وبالإنصاف فليس في القانون الجديد ما يمنع من ذلك. أما إذا كان قانون التحكيم الدولي الجزائري هو المطبق فإنه لم يعترف بالتحكيم بالصلح والعدل والإنصاف بل نص على أنه: "... تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة مما يعني أن المشرع الجزائري قد أدخل الأعراف إلى جانب القانون في التحكيم الدولي[3].

فطبقا للنص الجديد نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ضيق من اللجوء إلى التحكيم بالتفويض بالصلح وجعله استثناء من الأصل العام باشتراط أن يتم الاتفاق عليه صراحة في حالة اختيارها القانون الأجنبي يطبق على النزاع من الأطراف بحيث يتحملون في النهاية النتائج التي يمكن أن يؤدي إليها ذلك النوع من التحكيم إن كان خيرا أو شرا لأحدهما أو كلاهما.

---

[1] تنص المادة: 458 مكرر 15 على أنه: "... تفصل محكمة التحكيم كمفوض في الصلح إذا خولتها اتفاقية الأطراف هذه السلطة..." هذا النص كان يطبق في قانون التحكيم الداخلي والدولي إذ أن المشرع كان يفرق بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

[2] تنص المادة 1023 من القانون رقم: 09/08 الصادر بتاريخ: 2008/02/25 على أن: "... يفصل المحكمون وفقا لقواعد القانون ..."

[3] **أستاذ عبد الحميد الأحدب**: في مداخلته: قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا: عدد خاص ج 1 ص 116.

إن التحكيم عدلا وإنصافا تؤثر فيه مجموعة من العوامل التي تكون بنية وشخصية المحكم لمستواه اجتماعيا أو نظريا وخبرة تعكس الخطورة على الحكم الصادر بتفويض بالصلح القائم على العدل والإنصاف وتتفاقم تلك الخطورة حينما لا يخضع تعيين المحكم لإرادة الأطراف، كما أن تلك الخطورة قد تتفاقم بدرجة أوسع في ظل نظم التحكيم التي لا تعرف طرق للتظلم من حكم التحكيم أو مراجعته أو الطعن فيه إذ يستوجب الحذر من هذا النوع من التحكيم حيث لا يتوفر الأمان القانوني يمكن الاطمئنان إليه الذي يستشعره المحكمون في التحكيم بالقانون. لعلة انعدام وجود تسبيبا قانونيا يمكن الرجوع إليه في حالة الطعن باستئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ طبقا للمادة: 5/1056 التي تستبعد الحكم التحكيمي الذي لم يكن مسببا وذلك ما يوصد الباب أمامه بالنسبة للتحكيم بالتفويض بالصلح من طرف المشرع الجزائري إذا ما كان محل التنفيذ بالجزائر.

مما سبق تتضح لنا أهمية اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وعدم الانسياق لتضمين شرط التحكيم وفقا لقواعد العدالة أو وفقا لأعراف وقانون التجارة، وقد تتزايد تلك الأهمية في ظل التشريع الجزائري الذي لم يقبل التحكيم بالتفويض بالصلح في القانون الجديد بل قد نص على إمكانية الطعن ببطلانه إذا ورد حكما غير مسببا وهو مرهون بالاعتراف والتنفيذ في الجزائر، وذلك ما يوافق المادة: 1/05 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي أصبحت جزء من التشريع الجزائري منذ سنة 1988[1].

[1] تنص المادة 1/05 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه: "... لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم ... إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، الدليل على أن الاتفاق المذكور غير صحيحا وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف..".

الفصل الثالث:

أحكام التحكيم الصادرة وتنفيذها في منازعات الاستثمار الأجنبي

لم يعد هناك جدال في أن التحكيم التجاري الدولي قد أصبح المرجع الأساسي في منازعات عقود الاستثمار بما يمثله من ضمانة للاستثمار الدولي، لعلة أن فعالية ذلك الضمان تكمن في مدى شرعية الحقوق والحفاظ على مصالح من صدر الحكم التحكيمي لصالحه ويكون ذلك بتنفيذه.

فتنفيذ الحكم التحكيمي هو بحق يمثل الهدف النهائي من نظام التحكيم ككل. فكل ما يمر به نظام التحكيم من مراحل تصب في هذه المرحلة الأخيرة التي تترجم الحل النهائي للنزاع فيما بين الأطراف، ولكن قبل التعرض إلى تنفيذ الحكم التحكيمي يجب علينا أن نبين الجوانب القانونية التي يثيرها الحكم التحكيمي من حيث إصداره، والبيانات الجوهرية التي يشتمل عليها وهو ما سنتناوله في المبحث الأول، ثم كيفية الاعتراف به وتنفيذه في المبحث الثاني.

المبحث الأول:

إصدار حكم التحكيم والبيانات التي يشتمل عليها في منازعات الاستثمارات الأجنبية:

يمكن تعريف أحكام التحكيم بأنها تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في النازعة المعروضة عليه سواء كانت أحكاما كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل، أو أحكام جزئية تفصل في شق منها، سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالاختصاص، أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم بإنهاء النزاع[1]. فلا بد لنا أن نوضح في هذا المبحث حكم التحكيم الذي يسوى به النزاع وبفضله يحصل كل ذي حق على حقه وهو ما يدعونا إلى التعرض في هذا المبحث إلى إصدار حكم التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية.

[1] أنظر. د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربي القاهرة. طبعة 03، 2000 ص 2051.

المطلب الأول:

إصدار حكم التحكيم والبيانات التي يشتمل عليها:

إن الخطوات التي تتبعها الهيئة التحكيمية في إصدار حكم التحكيم تكمن في الإجراءات القانونية التي تقوم بها لإصدار حكم التحكيم حتى يرتب آثاره القانونية وبالتالي فإن مرحلة كيفية صدور الحكم شرط أساسي لتحقيق آثاره وهذا ما يقتضي منا التعرض لعدة مسائل منها. المدة التي يتعين خلالها على الهيئة التي تصدر حكمها في النزاع. ثم الكتابة كضرورة شكلية لإصدار الحكم التحكيمي. وأخيرا الأغلبية المطلوبة لإصداره وذلك على ضوء التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية كلما دعت الضرورة إلى ذلك.

الفرع الأول :

المدة التي يصدر خلالها حكم التحكيم في منازعة الاستثمار الأجنبي:

إن قصر المدة التي يستغرقها الحكم في منازعات الاستثمار هي من الأسباب الرئيسية لازدهاره، ولكن بالإطلاع على العديد من العقود الدولية تبين لنا أغلبيتها - إن لم تكن معظمها – لا يحدد مدة زمنية معينة يتعين خلالها على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها في النزاع الذي تنظره واستثناء على ذلك يوجد من العقود ما يتطلب صدور الحكم في النزاع خلال مدة معينة تتراوح بين شهر وثلاثة أشهر، ومثال ذلك العقد المبرم بين العراق وشركة إيراب الفرنسية لسنة 1968 حيث نصت المادة: 2/24 /ج، منه على أن: "... على أن يصدر المحكمان حكمهما في المرحلة الأولى من التحكيم خلال ستين يوما من تاريخ بدء الإجراءات ...".

وعموما فإن القاعدة هي إعطاء الأولوية لاتفاق الطرفين في تحديد المدة التي تنتهي بانتهائها مهمة التحكيم، وبعبارة أخرى المدة التي تنتهي فيها إجراءات التحكيم، بما في ذلك إصدار القرار التحكيمي. فتحديد المدة قد يرد في شرط التحكيم أو المشارطة، وقد يتفق الطرفان فيما بعد على مدة التحكيم، وقد يكون ذلك صراحة أو ضمنا، ويمكن للأطراف فقط أن يتفقوا على ترك مسألة التمديد لمدة محددة من قبلهم إلى المحكمين في الحالات التي يرون فيها ضرورة للتمديد.

وطبقا للقانون المصري رقم: 27 لسنة 1994 يجب أن يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد الذي اتفق عليه الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق تعين على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها خلال اثنا عشر شهرا من تاريخ بدء الإجراءات[1]. وتبدأ تلك الإجراءات من يوم تسلم المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر[2].

كما أجاز المشرع المصري لهيئة التحكيم أن تمدد هذه المهلة على أن لا تزيد مهلة المد عن ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة أطول.

أما المشرع الجزائري فقد أورد خلافا للتحكيم الداخلي[3] فإن القانون الجديد في التحكيم التجاري الدولي لم يأت على تحديد مهلة التحكيم على غرار المشرع المصري وإنما ترك الأمر لسلطان إرادة الأطراف، ولكن إذا لم يمارس سلطان الإرادة خيارا فلا يكون للتحكيم الدولي في القانون الجزائري مهلة، ومع ذلك فقد أجاز استئناف قرار منح الصيغة التنفيذية لحكم تحكيمي دولي في حالة ما إذا فصلت محكمة التحكيم... بناء على اتفاقية باطلة، أو انقضاء مدة الاتفاقية[4].

في الاتفاقية التحكيمية الدولية تنص على مهلة للتحكيم ، أو قد تحيل على نظام تحكيمي أو على نظام مركز تحكيمي يحدد المدة . و بالتالي فان انقضاء المهلة المجددة من سلطان الإرادة في التحكيم الدولي ، سيكون الأمر لمنح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الصادر عن هذا التحكيم معرضا للفسخ.

أما إذا لم يحدد سلطان الإرادة مهلة أو أحال لنظام تحكيمي كنظام **اليونسترال** الذي لا يحدد مهلة ، فلا تكون إزاء مهلة منقضية لأنه ليس هناك مهلة أصلا، و بالتالي لا تكون صيغة تنفيذية الممنوحة له قابلة للفسخ أو الإلغاء لانقضاء المهلة.

و عكس المشرع المصري الذي خول لهيئة التحكيم تمديد المهلة للتحكيم محدد الأجل، فإن المشرع الجزائري... فان مهمة التمديد لآجال التحكيم قد خص به في المادة 1048

[1] المادة: 2/1/45 من قانون التحكيم المصري.
[2] المادة: 27 من قانون التحكيم المصري.
[3] على خلاف ذلك فإن القانون الجديد في التحكيم الداخلي، فإن تحديد المدة يكون بإرادة الأطراف، وإذا لم يتفقوا على ذلك فإن المدة تكون محددة قانونا وفقا للمادة/ 1048 بمهلة أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ اخطار محكمة التحكيم.
[4] أنظر المادة: 1056 من قانون الإجراءات المدنية الجديد.

في مجال التحكيم التجاري الدولي، السلطة القضائية، إذ يتدخل القاضي المختص بناء على طلب بأمر على عريضة يقدم سواء من أحد الإطراف أو هيئة التحكيم بعد اتفاقها على ذلك مع أطراف النزاع، إذ يصدر القاضي المختص أمره بالتمديد و يطبق في هذا الشأن القانون الوطني للقاضي.

كما أن نظام التحكيم المؤسساتي قد عرف هو أيضا تحديد مهلة يتعين أن يصدر الحكم خلالها، و طبقا لقاعدة غرفة التجارة الدولية توجب على المحكم أن يصدر حكمه خلال مدة ستة أشهر من تاريخ التوقيع على وثيقة عمل المحتكم بها، كما يجوز للمحكمة أن تمدد المهلة إذا اقتضت الضرورة ذلك بناء على طلب من المحكم الطالب أو بناء على مبادرة من هيئة التحكيم.

أما بالنسبة لقواعد الجمعية الأمريكية (AAA) فانه يجب على المحكم أن يصدر حكمه على الفور خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ إنهاء جلسات الاستماع أو التنازل عن المرافعات الشفوية، أو من تاريخ إحالة البيانات النهائية و الأدلة إلى المحكم و نخلص إلى أن أغلب عقود الاستثمار و كذا القوانين الوطنية و مؤسسات التحكيم تتطلب أن يصدر حكم التحكيم خلال مدة معينة تتراوح ما بين ثلاثين يوما إلى مائة و ثمانون يوما، إلا أنها قد سمحت بتمديد هذه المهلة في بعض الحالات كما أنها قد أجازت للأطراف الاتفاق على مدة أطول و هذا ما يحدث في الواقع.

الفرع الثاني:

الكتابة كضرورة شكلية لإصدار الحكم التحكيمي في المنازعة الاستثمار الأجنبي :

إن الحكم التحكيمي يفرغ في شكليات معينة تحتوي على البيانات المنوه عنها قانونا، فغالبية القوانين و القواعد التحكيمية تنص على ضرورة إصدار القار التحكيمي كتابة حتى يتسنى إيداعه في المحكمة المختصة لإضفاء الصبغة التنفيذية عليه، و قد ورد ذلك في القواعد التحكيمية الدولية، فقد نصت المادة 34 من قواعد **اليونسترال** على أنه "يصدر القرار التحكيمي كتابة " كما نصت المادة 1/43 من القانون المصري على أنه "يصدر الحكم التحكيمي كتابة". فالكتابة شرط لوجود الحكم لا لإثباته فإذا ما صدر شفاهة لا يتعلق

بوصف الحكم التحكيمي مع ما يتضمنه ذلك من أثار و لا يكتسب هذا الحكم حجية الأمر المقضي فيه إلا بوجود حكم تحكيم مكتوب.

أما المشرع الجزائري كان قد نص صراحة على وجوب كتابة حكم التحكيم في المادة 458 مكرر3/13 على أنه يكون القرار التحكيمي "مكتوبا، مسببا، معين المكان ، مؤرخا و موقعا...." إلا أن القانون الجديد للتحكيم الداخلي أو الدولي لم ينص على الكتابة صراحة، و لكن من خلال اشتراطه لجملة من البيانات المستوجبة في الحكم، أو التعرض لتنظيم إجراء تفسيره أو تصحيحه في الخطأ المادي أو لكيفية إيداعه و امهاره بالصيغة التنفيذية، يستفاد من كل هذه المؤشرات المترتبة قانونا على أنه يجب أن يكون مكتوبا سواء كان تحكيما داخليا أو دوليا، و هو شرط أيضا لتنفيذه مادام على التنفيذ يحتاج للإجراءات المذكورة إذ لا يتصور اتخاذ هذه الإجراءات في حكم غير مكتوب و بالتالي غير موجود.

إلا أن الإشكال يثور بالنسبة للغة التي يصدر بها الحكم التحكيمي حينما يكون أحد أطرافه جزائري إذا كانت مسألة اللغة في الأحكام القضائية هي من النظام العام وفقا لما تنص عليه المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، فأن قانون التحكيم الجزائري الجديد لم يتطرق إلى هذه المسألة بصدد الأحكام التحكيمية، مع العلم أن بعض القوانين المقارنة و الاتفاقيات الدولية قد عالجت إشكالية لغة التحكيم أو التحكيم التجاري الدولي منها المادة 17 من نظام التحكيم في (CNUDCI) أما المادة 3/15 من نظام تحكيم (CCI) فتحيل المهمة للهيئة التحكيمية لتحديد اللغة أو اللغات المستعملة مع الأخذ بعين الاعتبار لظروف و لغة العقد المبرم بين الأطراف .

و ما يمكننا التأكيد عليه بالنسبة للطرف الجزائري في التحكيم بالجزائر أو خارجها، أو بالنسبة للأجنبي الذي يسعى لتنفيذ حكم تحكيمي غير جزائري ، فإن تحقيق غايته التنفيذية بالجزائر تستدعي ترجمته للعربية طبقا للمادة الثانية حتى يصبح سندا تنفيذيا عملا بالمادة 9/600 قابلة للتنفيذ.

الفرع الثالث:

الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية:

تقوم الهيئة التحكيمية بتحرير الحكم التحكيمي سواء كانت مشكلة من محكم واحد أو ثلاثة محكمين، فقد أخضع المشرع الجزائري عملية إصداره أي تحريره تتم عن طريق التداول لإرادة الأطراف و هذا ما نصت عليه المادة 458/مكرر1/18 التي تنص على أنه "يصدر القرار التحكيمي ضمن الإجراءات وحسب الشكل الذي يتفق عليه الإطراف". نلاحظ بان المشرع لم يتطرق إلى مسألة المداولة بصراحة لكن إذا اعتبرنا التحكيم في هذه المرحلة عملا قضائيا وفقا لما بيناه سابقا، فيمكن القول بأنه يخضع لعملية المداولة

ويقصد بالتداول مشاركة المحكمين في عملية تحرير الحكم و النطق به و تقبله بالتشاور فيما بينهم، فخضوعه لعملية التداول في هذه المرحلة يشبه العمل القضائي يكون شأنه شأن الحكم القضائي، و في هذا الصدد اعتبره بعض الفقهاء على انه إجراء إلزامي من النظام العام الدولي لكونه يدخل في إطار احترام حقوق الدفاع و قد يجد إجراء المداولة أو التداول مكانته في هذه المرحلة في حالة ما إذا تعلق الإجراء لهيئة تحكيمية مشكلة من محكمين فأكثر. لكن يبقى الإشكال قائما بصدد كيفية المداولة في حالة المحكم الفرد، و هذا مما يجعلنا نقدر أن مرحلة المداولة في حالة المحكم الفرد لا ترقى لاعتبارها من النظام العام الدولي.

ففي سياق المداولة تختلف الأغلبية المطلوبة لإصدار حكم التحكيم في منازعة الاستثمار الأجنبي بسبب عدد المحكمين. فعندما تكون محكمة التحكيم مكونة من محكم واحد، فلا يمكن أن يصدر إلا عنه أو عندما تكون محكمة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين فإن حكم التحكيم إما أن يصدر بالإجماع أو بالأغلبية و نلاحظ أن الطريقة الأولى أيسر و أسهل من الطريقة الثانية حيث أنه في إجماع الفرد أو أطراف النزاع يكون استنباط المسألة أوضح بالنسبة للمحكم و من ثم تتكون عقيدته بطريقة فردية محايدة لا تعقيب فيها و لا تثريب عليها من أي طرف من أطراف النزاع. و ذلك خلافا للطريقة الثانية حيث يكون الأمر متسما بالصعوبة إلى حد ما. إذ أن كل محكم من الثلاثة تكون له

عقيدته الخاصة بشأن تفهم أبعاد النزاع، الأمر الذي قد تتضارب معه أراء المحكمين في تفهم كل منهم لموضوع النزاع و تسود قاعدة صدور الحكم بالأغلبية.

إن كافة المؤسسات التحكيمية كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار و كذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي و القانون المصري رقم 27 لسنة 1994[1] قد تبنوا طريقة الأغلبية كطريقة لإصدار حكم التحكيم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك . أما القانون الجزائري فقد نص على " إصدار أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات" المادة 1026[2] و ذلك ما يفسر المادة السابقة 1025 التي نصت على أن تكون مداولات المحكمين سرية و هو ما يعني أن الأغلبية تتشكل من هيئة أو عدة محكمين.

إن العمل بقاعدة الأغلبية يظهر من خلال التوقيع على الحكم بحيث يمنح لهذا الحكم التشكيلة الأوضح و عادة ما يقع على عاتق رئيس الهيئة التحكيمية دور كبير في إصدار الحكم وفقا لقاعدة الإجماع و هي قاعدة معروفة في النظام القانوني لقوانين التحكيم المقارنة، إلا أن نظام الغرفة الدولية التجارية تسير على نهج مخالف لقاعدة الأغلبية في حالة تعيين ثلاثة محكمين يصدر القرار بالأغلبية، و لكن إذا لم تكن هناك أغلبية فإن رئيس المحكمة (المحكم الفيصل) هو الذي يصدر الحكم.

نستخلص من هذا العرض أن هناك ثلاثة طرق لإصدار حكم التحكيم في منازعات الاستثمار حينما تكون المحكمة مشكلة من ثلاثة محكمين و هي : الإجماع- الأغلبية- أو من جانب رئيس محكمة التحكيم وحده

المطلب الثاني :

بيانات حكم التحكيم الصادر في منازعات الاستثمار الأجنبي:

يتشابه القرار التحكيمي مع الحكم القضائي من حيث الأمور التي يتضمنها القرار، وتنص بعض قوانين الإجراءات المدنية على أن قرار التحكيم يصدر طبقا لأحكامها ي ويكتب بنفس الطريقة التي يكتب بها الحكم الذي تصدره المحكمة.

[1] انظر المادة 40 من القانون المصري التي تنص على أنه "يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم، ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك.

[2] كان القانون القديم في التحكيم التجاري الدولي قد نص في المادة 3/13/458 على الأغلبية عندما تشتمل محكمة التحكيم على عدة محكمين.

و نلاحظ أن النصوص القانونية الداخلية و الدولية التي تتعلق بالتحكيم تعدد المحتويات و البيانات التي يشتمل عليها القرار أو الحكم التحكيمي. على سبيل المثال نجد القانون المصري رقم27 قد عالج هذه البيانات في الفقرة 2 من المادة 43 التي نصت على انه " يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم، وعناوينهم، وأسماء المحكمين وجنسياتهم، و صفاتهم، و صورة من اتفاق التحكيم و ملخص لطليات الخصوم و أقوالهم و مستنداتهم و منطوق الحكم و مكان إصداره و أسبابه إذا كان ذكرها واجبا.

فإذا تم إغفال هذه البيانات يترتب على الحكم التحكيمي البطلان. و لابد لنفاذ حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في منازعات الاستثمارات من أن تتوافر فه بعض البيانات الشكلية و البيانات الموضوعية التي تحرص المحاكم التي يطلب منها الصيغة التنفيذية اللازمة لتنفيذ الحكم التحكيمي على التأكد من وجودها قبل أن تأذن بتنفيذه.

إن معظم التشريعات الإجرائية و منها التشريع الجزائري تستلزم توافر بيانات شكلية و بيانات موضوعية في حكم التحكيم و ذلك ما سنوضحه في فقرتين. الأولى تتعلق بالبيانات الشكلية و الثانية تتعلق بالبيانات الموضوعية.

الفرع الأول:

البيانات الشكلية في حكم التحكيم :

- إن البيانات الشكلية في حكم التحكيم تشتمل على :

1)- أسماء الخصوم و عناوينهم و أسماء المحكمين و عناوينهم و جنسياتهم و صفاتهم إذ يجب أن يتضمن حكم التحكيم البيانات المتعلقة بالمحكمين و الخصوم كالجنسيات و الصفات و الأسماء و العناوين، وفقا لما أورده المشرع الجزائري في المادة 1028[1] و الهدف من ذلك هو التأكد من استفاءهم الشروط التي ينص عليها القانون كاشتراط إجازة الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو المعنوي الذي له حق التصرف في حقوقه كما أن قوانين التحكيم تشترط في المحكم ألا يكون قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية. و علاوة على ذلك فقد أوجبت المادة 18 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة و خاصة بقانون التجارة الدولية une citral arbitration)

[1] نصت المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري الجديد على أن" يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية : 1-اسم و لقب المحكم أو المحكمين 2-تاريخ صدور الحكم 3- مكان إصداره 4- أسماء و ألقاب الأطراف و موطن كل منهم و تسمية الأشخاص المعنوية و مقرها الاجتماعي 5- أسماء و ألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء".

rules) على تضمين عريضة المطالبة في الحكيم التي تقدم للطرف الآخر و للمحكم أو المحكمين أسماء و عناوين أطراف التحكيم و أسماء المحكمين و عناوينهم و جنسياتهم و كذلك البيانات و الحقائق التي تدعم المطالبة.

2)- تاريخ و مكان صدور حكم التحكيم

إن لتحديد تاريخ إصدار حكم التحكيم أهمية جوهرية. فهذا التاريخ هو الذي يحدد ما إذا كان الحكم قد صدر خلال المدة المقررة أصلا أو تمديدا أم لا، فإذا ثبت صدوره بعد فوات الميعاد اعتبر الحكم باطلا، إلا أن هذا البطلان ليس من النظام العام لذا يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا و في هذا الصدد نجد المشرع الجزائري قد نص في تنظيم التحكيم الدولي بالمادة 458 /03/13 مكرر من القانون السابق على وجوب إصدار حكم التحكيم مؤرخا و معين المكان[1] .

كما أن بعض العقود و الاتفاقيات تستوجب بيان مكان التحكيم المختار من الخصوم كالاتفاق الفرنسي الجزائري لسنة 1983[2]. كما أن المشرع المصري أشار في المادة 3/43 إلى ضرورة احتواء الحكم على تاريخ و مكان إصداره على نحو ما جاءت به المادة 32 من قواعد التحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية لسنة 1986 و كذا المادة 3/31 من القانون النموذجي. و يجب أيضا ذكر مكان صدور حكم التحكيم و يفيد ذلك في معرفة المعاملة التي سيلقاها الحكم بعد صدوره، حيث أن قواعد تنفيذ الحكم تتوقف على قانون الدولة التي صدر فيها، فأحكام التحكيم الصادرة وفقا لأحكام قانون التحكيم مصر الصادرة وفقا للقانون المصري ستسري عليها قواعد التنفيذ المقررة في الباب السابع من قانون التحكيم المصري لسنة 1994.

و يترتب على عدم ذكر مكان صدور حكم التحكيم بطلانه، و ذلك لأنه من البيانات الإلزامية التي أوردها المشرع على سبيل الحصر في المادة 3/43 من القانون المصري أو المادة 458/مكرر 13 من القانون الجزائري التي اشترطت ذكر هذه البيانات وجوبا.

---

[1] يقابل مضمون هذا التحديد ما و رد في القانون الجديد الماد 1028 التي تنظم التحكيم الداخلي و ليس الدولي.

[2] نظام التحكيم الجزائري الفرنسي المؤرخ في 03/27/1983 غير منشور

- العقود التي أبرمتها شركة سونطراك و شركة يابانية لإنجاز مجمع صناعي حدد في مادته 12 على أن الجزائر العاصمة كمكان للتحكيم.

و قد اهتمت التشريعات الدولية بتحديد مكان التحكيم، فقد نصت المادة 20 من القانون النموذجي لسنة 1985 (UNISTRAL MODEL LAW) للأطراف حرية الاتفاق على مكان التحكيم فإن عجزوا عن ذلك قامت الهيئة التحكيمية بتحديد مكانه.

3)- صورة من اتفاق التحكيم :

حيث يجب أن يشتمل حكم التحكيم أيضا على صورة من اتفاق التحكيم و الحكمة من هذا البيان هي التحقق من صدور حكم التحكيم في نطاق ما اتفق عليه الأطراف . و قد نصت الماد ة 2/4 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي اشترطت على من يطلب الاعتراف و تنفيذ حكم التنفيذ الصادر في بلد أجنبي أن يقدم مع الطلب أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند، كما يقدم أصل الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بالخضوع للتحكيم في كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بشان موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، و يجوز أن تقدم صورة من هذا الاتفاق تجمع الشروط لرسمية السند. أما قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة (الاونسترال) فقد اكتفت المادة 2/18 منها حيث أوجبت على من يقدم صحيفة المطالبة إلى المدعى عليه و إلى كل من المحكمين أن تكون مصحوبة من بنسخة من العقد و بنسخة من اتفاقية التحكيم.إذا لم يكن في العقد[1]، و هو ما نص عليه أيضا المادة 1056 من القانون الجزائري الجديد على أنه في حالة فصل محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو تكون باطلة أو منقضية المدة إذ يجوز استئناف الأمر القاضي بالتنفيذ.

الفرع الثاني:

البيانات الموضوعية في حكم التحكيم:

هي بيانات إلزامية نصت عليها المادة 43 من قانون التحكيم المصري و تشمل هذه البيانات على(1) ملخص لطلبات الخصوم و مستنداتهم–(2) ذكر أسباب الحكم- (3) منطوق الحكم.

[1] http://www.unistral.org/english/text/arbitration/arab_rules.lstin

(1) **ملخص لطلبات الخصوم و مستنداتهم :** وفقا لنص المادة 43 من قانون التحكيم المصري يجب أن يتضمن حكم التحكيم ملخصا لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومن إعمال هذا النص يقوم أمين الضبط بإثبات أقوال الطرفين والشهود وهيئة التحكيم في محضر الجلسة، وعند ايداع حكم التحكيم تودع صورة من محاضر الجلسات قلم الكتاب المحكمة المختصة و قد جاءت الفقرة 2 من المادة 18 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية[1] على أن عريضة المطالبة التي تقدم للطرف الآخر أو للمحكم أو للمحكمين يجب أن تتضمن أسماء و عناوين أطراف التحكيم و البيانات والحقائق التي تدعم المطالبة و النقاط المتنازع عليها، و التعويض المطالب به كما أن للمدعي أن يرفق بطلبه المستندات الثبوتية الداعمة للمطالبة، كما جاءت صياغة المادة (23) من القانون النموذجي UNCITRAL MODEL LAW) شاملة ما أخذت به المادة (28) من قواعد التحكيم لجنة الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية بأسلوب مختصر حيث أفادت بأنه على المدعى عليه أن يرد في دفاعه على البنود السابقة الذكر، و للطرفين أن يقدما المستندات الثبوتية المؤيدة لوجهة نظريهما.

(2) ذكر أسباب الحكم : تنص أغلب قوانين الدول العربية على ذكر أسباب قرار التحكيم في المنازعات المعروضة أمام هيئة التحكيم، فقد نصت المادة 2/43 من القانون المصري " يجب أن يشتمل حكم التحكيم على الأسباب التي بني عليها الحكم إلا إذا اتفقا الأطراف على خلاف ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذلك. نلاحظ أن المشرع المصري قد جاء بقاعدة أساسية تتمثل في أجازة الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من تسبيب الحكم إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكرها.

كما أن المشرع الفرنسي قد أكد على التسبيب في المادة 1471 /2 و كذا المشرع الجزائري في المادة 1/458 من القانون السابق إذ نصت على أن يكون القرار

[1] http://www.unistral.org/english/text/arbitration/arab_rules.lstin

التحكيمي مكتوبا مسببا معين المكان مؤرخا و موقعا [1] ، كما أن الفقرة 6 من المادة 1056 قد تعرضت إلى وجوب تسبيب محكمة التحكيم حكمها أو جاءت الأسباب متناقضة فإن الحكم يكون محلا لاستئناف الأمر الصادر بشأن الاعتراف به و تنفيذه. و يرمي الغرض من تسبيب الحكم إلى تحقيق عدة أهداف، فهو يدفع المحكم إلى التفكير و التروي في الحكم قبل إصداره كما أنه يقدم لأطراف الخصومة برهانا على عدالة الحكم مما يدفعهم إلى احترامه عن قناعة بعدالته[2].

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي نجد منها ما يمنح الأولوية للأطراف للإشارة في العقود إلى مدى الأخذ بشرط التسبيب من عدم الإشارة إليه ، إذ منها ما يشترط التسبيب مطلقا بدون الأخذ بإرادة الأطراف في ذلك.

فالقانون النموذجي نص في المادة 2/31 على وجوب تسبيب هيئة التحكيم قرارها ما لم يتفق الإطراف على عدم تسببيه أو صدور حكم تحكيمي بإثبات الصلح الذي ابرمه الخصوم أثناء نظر الدعوى، و كذلك المادة 3/32 من قواعد **الاونسترال** قد نصت على وجوب وجود التسبيب ما لم يتفق الأطراف على مخالفته.

أما اتفاقية (CIRDI) فقد أكدت على وجوب تسبيب الحكم دون أعطاء الحرية للأطراف في اشتراطه من عدمه، إذ تنص المادة 3/48 على أنه " يجب أن يتناول الحكم كل مسألة عرضت على المحكمة و أن يقرر المبررات التي على أساسها صدر الحكم وقد جعلت الاتفاقية عدم التسبيب من أسباب بطلان الحكم التحكيمي طبقا للمادة 52/هـ من اتفاقية واشنطن لسنة 1965.

---

[1] في القانون الجزائري للتحكيم الداخلي الجديد نصت المادة 1027 على أن تكون الأحكام مسببة

[2] إن التسبيب لحكم التحكيم وفقا للتشريع المصري و القضاء، أو التشريع الفرنسي في المادة 5/1502 لا يعتبر من النظام العام الدولي . كما أن النظام الانجليزي لا يشترط التسبيب في حكم التحكيم، إذ نصت المادة المذكورة على أن القاضي لا يقضي به تلقائيا بل لمن له مصلحة أن يتمسك به ، و ذلك تطبيقا لما تكرس في تشريع التحكيم التجاري الدولي على ان شرط التسبيب يخضع لمبدأ سلطان الإرادة.

و نخلص مما تقدم على أن الأصل هو ذكر أسباب الحكم و أنه لا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراء التحكيم لا يشترط ذكر الأسباب.

(3) مضمون أو منطوق الحكم: يجب أن يشتمل حكم التحكيم على النتيجة النهائية التي ترى هيئة التحكيم حسم النزاع وفقا لها، و يجب ألا يخرج المنطوق عن موضوع النزاع و إلا تعرض الحكم للبطلان، و إذا تعددت المسائل المتنازع عليها فيجب تجزئة المنطوق بحيث يفصل كل جزء في كل منازعة على حدة و يفيد ذكر المنطوق أو مضمونه في تنفيذه و لذا نجد أغلب التشريعات تنص على ذكر المنطوق ضمن البيانات الأساسية للحكم التي يترتب علة إغفالها بطلان الحكم التحكيمي، و قد يرد البطلان على بعض أجزاء الحكم دون البعض الأخر. كما لو جاوزت الهيئة التحكيمية في حكمها لاتفاق الأطراف. ففي هذه الحالة يقتصر البطلان على أجزاء الحكم الذي تجاوز حدود الاتفاق.

(4) شرط التوقيع على الحكم : يجب أن يصدر الحكم التحكيمي بتوقيع أعضاء الهيئة التحكيمية أو المحكم الوحيد حسب الحالة فالتوقيع من شأنه إعطاء الحكم مصداقية و جدية، فلا يصدر الحكم التحكيمي غير موقع عليه. و إذا لم يتم توقيع الحكم من جميع الأعضاء فيجب التوقيع بالأغلبية أو المحكم الذي يعارض الهيئة، فيمكن ألا يوقع في الحكم و يشير في الحكم الى ذلك أو يدرج رأيه الخاص بصدد النزاع.

و قد أخذت القوانين المقارنة بنفس الاتجاه فالمشرع الفرنسي[1] أكد على شرط التوقيع في المادة 1473 و كذا المادة 1/43 من القانون المصري، كما ان الاتفاقيات الدولية أكدت على شرط التوقيع مثل القانون النموذجي في المادة 1/31 و نظام (CNUCDI) و المادة 2/43 من نظام (CIRDI) .

[1] قد أخذ المشرع الجزائري بشرط التوقيع في الفقرة 3 من المادة 458 مكرر 13 من القانون السابق و في المادة 1029 من نظام التحكيم الداخلي في القانون الحالي.

من خلال ترتيب هذه البيانات و تثبيتها في الحكم الذي يصدر بالنطق بموجبه تنتج أثار هامة و هي أن الحكم يحوز حجية الحكم المقضي فيه[1] و ينهي مهمة الهيئة التحكيمية إذ لا يمكنها النظر من جديد في النزاع، إلا في حالة استثنائية تتعلق بإمكانية الرجوع إليها في طلب تفسير الحكم إن كان غامضا في بنوده، أو تصحيحه نتيجة خطأ مادي، و ذلك ما نصت عليه المادة 1475 من القانون الفرنسي و كذا المادة 49 من القانون المصري الذي حدد مهلة طلب التفسير ب 30 يوما من تاريخ تسليم الحكم من طالب التفسير و اعتبر ما يصدر من تفسير متمما للحكم الأصلي الصادر. و كذلك نفس الأجل لطالب تصحيح الخطأ المادي على ألا تتجاوز الهيئة سلطتها في التصحيح و هذا تحت طائلة البطلان

المبحث الثاني :

تنفيذ حكم التحكيم و طرق الطعن فيه في منازعات الاستثمار الأجنبي:

بعد صدور الحكم التحكيمي مرتبا أثاره، فرض القانون بعض الإجراءات و الشكليات حيث أنه في الأصل ينفذ إراديا طبق لاتفاق التحكيم و ذلك ما حددته الفقرة 02 من المادة 458 مكرر 6 من القانون الجزائري القديم التي نصت على "أنه يأمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 17 و ذلك في غياب التنفيذ الطوعي للقرار التحكيمي". وقد تم تدعيم مبدأ التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم في الاتفاقيات المتعددة الأطراف التي أنظمت إليها الجزائر و كذلك الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها في مجال ترقية الاستثمار اعتبارا من سنة 1990.

لكن قد يحصل ألا يقوم من يقع عليه واجب التنفيذ بدوره، فيتقاعس عن تنفيذ الحكم التحكيمي و من ثم يدفع الطرف ذي المصلحة إلى الاستعانة بالقضاء و ذلك من أجل تنفيذ الحكم جبرا. فما هي إجراءات و شروط لتنفيذ الحكم التنفيذي عن طريق القضاء.

المطلب الأول :

إجراءات تنفيذ حكم التحكيم وفقا للقانون الجزائري:

[1] انظر المادة 16/458 من القانون الجزائري السابق التي تنص على " أن القرار التحكيمي الذي يفصل في المنازعة ينهي مهمة محكمة التحكيم و يكتسي القرار فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه.

بعد انضمام الجزائر في سنة 1988 بتحفظ إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958[1]، تكون قد قبلت بالاعتراف و تنفيذ الأحكام التنفيذية الأجنبية حيث تنفذها جبرا في غياب التنفيذ الطوعي. فالاتفاقية المذكورة قد فرقت -على خلاف الكثير من القوانين الوطنية التي تستعمل مصطلح التنفيذ فقط- بين تنفيذ الحكم و الاعتراف به. إذ أن الاعتراف في مفهومها هو وسيلة دفاعية يتم اتخاذها من طرف المحكوم له إزاء الجهات القضائية من أجل إثارة حجية الشيء المقضي فيه للقرار الذي يحوزه، و لإثبات ذلك يقدم القرار التحكيمي و يطلب الاعتراف بصحته و بطابعه الإلزامي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها.

أما التنفيذ فلا يقتصر في الاعتراف فقط بل يمتد إلى طلب الجهات القضائية المخول لها ذلك و هنا يكون التنفيذ نتيجة للاعتراف، و بصدد التنفيذ الجبري أكدت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري في الفرع الأول من القسم الثالث تحت عنوان : في الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي و التنفيذ الجبري و طرق الطعن فيها على انه " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها، وجودها و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

و عليه لنا أن نتساءل عن كيفية إخطار قاضي التنفيذ (رئيس المحكمة) و كذا الشروط الواجب توافرها في الحكم التحكيمي حتى يتسنى للقاضي الأمر بتنفيذه. و ذلك ما نعالجه في الفقرتين التاليتين.

الفرع الأول :

إجراءات تنفيذ الحكم التحكيمي :

إن تحديد الجهة القضائية التي تنظر في مسألة تنفيذ الحكم التحكيمي جبرا تختلف حسب ما إذا كان الحكم التحكيمي صادرا في الجزائر أم في الخارج، فقد تعرضت المادة 1051 من ق.ا.م.ا.ج لمسألة الجهة القضائية المختصة وذلك في قولها " و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني". و من خلال ذلك نستنتج حالتين :

---

[1] راجع المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 والمتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958. ج ر عدد 48 المؤرخ في 23 نوفمبر 1988.

الحالة الأولى : إذا صدر الحكم التحكيمي في الجزائر :

إذا كان مقر التحكيم الجزائر فإن طلب التنفيذ عن طريق القضاء من طرف المعني بتعجيل التنفيذ، يكون أمام رئيس المحكمة التي يمتد اختصاصها إلى المكان التنفيذ الذي صدر فيه الحكم التحكيمي و هو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع الفرنسي في المادة 1/1477 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[1] .

أما المشرع المصري فقد عهد بهذا الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر أو في خارجها.

الحالة الثانية : إذا صدر الحكم التحكيمي خارج الجزائر:

إذا كان مقر التحكيم خارج تراب الجمهورية فان اختصاص إصدار الأمر بالتنفيذ الجبري يرجع لرئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ. أما المشرع المصري و الفرنسي فلا يفرقان بين الجهة القضائية المختصة بالأمر بالتنفيذ سواء صدر الحكم في فرنسا أو في مصر أو خارجهما وإنما أخضعتا إجراءات التنفيذ لنفس الشروط و الشكليات و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري.

وقد أشار القانون الجزائري إلى الآثار المترتبة على صدور الأمر بالتنفيذ أو برفضه من طرف المحكمة. ففي حالة صدوره لا يقبل أي طعن فهو نهائي عملا بالمادة 1058 باستثناء الحالات الستة**(06)** المذكورة في المادة 1056 إذ يجوز الطعن باستئناف الأمر بالتنفيذ.

الفرع الثاني :

إيداع الحكم و تقديم طلب تنفيذه :

بعد انتهاء محكمة التحكيم من إصدار الحكم و التوقيع عليه سواء بالجزائر أو خارجها فإنه يحوز حجية الشيء المقضي به التي تحصنه بالقوة الثبوتية، بحيث لا يمكن النظر مرة أخرى في النزاع . إلا أنه بالنسبة لتنفيذه و لو اشتمل على صيغة النفاذ المعجل[2].

فلا يمكن تنفيذه مباشرة استنادا لقاعدة الحجية فقط أو الإلزام بالنسبة لطرفيه طبقا

---

[1] TERKI NOUREDDINE : l'arbitrage commerciale international on Algérie OP-CIT-P-128

نصت المادة 1/1477 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه :

« la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendu, l'exequatur est ordonnée par le juge de l'exécution du tribunal ».

[2] - أنظر المادة 1037 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الحالي.

للمادة 1/5 من اتفاقية نيويورك، فالالتزام بهذا المعنى لا يرقى بالحكم إلى وصف النهائي البات الذي يجعله قابلا للتنفيذ، بل يستوجب التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة لمباشرة التنفيذ استصدار الأمر بموجبه و وصولا لحيازة ذلك الأمر يتطلب القانون إيداع الحكم، و بعد ذلك يطلب الأمر بالتنفيذ.

فوفقا للمادة 1053 من ق.ا.م.إ.ج و ما يقابلها من المادة 56 من القانون المصري، إذ يستوجب على من له مصلحة في التنفيذ أو من يهمه التعجيل أن يقدم نسخة من أصل حكم التحكيم مصحوبا بأصل أو نسخة من اتفاقية التحكيم مستوفية لشروط صحتها بترجمتهما إلى اللغة العربية وفقا لما تقضي به المادة 4/2 من اتفاقية نيويورك و المادة 8 من ق.أ.م.إ.ج إلى أمين ضبط المحكمة الذي يحرر محضرا بهذا الإيداع وفقا لما أشارت إليه المادة 1058 من ق.ا.م.إ.ج. على أن يتحمل الأطراف مصاريف إيداع العرائض و الوثائق . و يجوز لمن يهمه التعجيل استخراج نسخة من محضر الإيداع.

إن قابلية حكم التحكيم للتنفيذ الجبري لا تتوقف على الإيداع فقط بل يستوجب تقديم طلب التنفيذ حتى يصدر القاضي أمر التنفيذ بناء على أمر على عريضة وفقا للمادتين 310-311 من ق.أ.م.إ.ج مصحوبا بأصل حكم التحكيم أو نسخة منه و كذا من اتفاقية التحكيم مصحوبين بالترجمة مع نسخة من محضر الإيداع.

إن صدور الأمر بالتنفيذ من رئيس المحكمة التي صدر الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصه، أو رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم خارج الإقليم الوطني، إذ يتجلى دوره في التحقيق من توافر الشروط الأساسية لمنح الأمر بالتنفيذ و تقتضي تلك الشروط التأكد من تثبيت الحكم بالإيداع و عدم مخالفته للنظام العام الدولي بالجزائر، كما أن سلطات قاضي التنفيذ بالجزائر تمتد في دراسة الطلب إلى التأكد من العيوب الإجرائية في صدور الحكم التي قد تؤدي إلى البطلان في حالة المخالفة، و من ثم يمتنع عن إصدار الأمر، فالعمل القانوني الذي يقوم به القاضي عند إصدار الأمر بالتنفيذ يقتصر على الرقابة القضائية فقط إزاء الحكم و لم يتعد إلى أسلوب مراجعة النزاع.

إن نظر القاضي في طلب الأمر بالتنفيذ يتوقف قبوله على مدى الطعن بدعوى البطلان و انقضاء آجال رفعها بمدة 90 يوما اعتبارا من تاريخ تبليغ الحكم للمحكوم

عليه وفقا للمادة 54 من التشريع المصري. أما إذا رفعت دعوى البطلان فبمجرد رفعها لا يتوقف التنفيذ إلا إذا طلب رافعها بعريضة دعواه وقت التنفيذ و استجابت له المحكمة لأسباب جدية، و يمكنها في الحالة الفصل في دعوى البطلان خلال مدة ستة أشهر.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالتحفظ على الأمر بالتنفيذ و ذهب إلى أبعد من ذلك عند رفع دعوى البطلان. إذ رتبت المادة 1058 من ق.أ.م.إ.ج على أن الطعن ببطلان الحكم التحكيمي يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل فيه إذا لم يتم الفصل فيه و هو ما سنتعرض له لاحقا.

إن الدور الرقابي الذي يقوم به قاضي التنفيذ لا يمثل العمل القضائي و إنما هو عمل ولائي[1] يؤدي إلى منح التأشيرة لتنفيذ الحكم إذا ما كان مطابقا للقانون، أما إذا وجد غير مطابق لأحكام القانون امتنع عن منحه تلك التأشيرة، فصدور الأمر بالتنفيذ بما أنه عمل ولائي يمكن أن يكون على ذيل العريضة أو يسجل على هامش الحكم وفقا لنص المادة 1478 من القانون الفرنسي و المادة 458 مكرر 20 من ق.ا.م.ا.ج السابق و من ثم تمنح الصيغة التنفيذية لطالبها المحكوم له و في هذه الحالة يستوجب تنفيذ الحكم بعد تبليغ الأمر خلال مدة ثلاثة أشهر وإلا تعرض للسقوط.

المطلب الثاني:

الشروط الواجب توافرها في تنفيذ الحكم التحكيمي:

لقد نظمت اتفاقية نيويورك الشروط الواجب أن تتوفر في الحكم حتى يكون قابلا للتنفيذ، وإذا ما تخلف أحدها سيكون سببا حائلا دون تنفيذه، و قد تطرق إلى تلك الأسباب المشرع الجزائري في المادتين 1051 -1056 من ق.ا.م. إ.ج.

فعلاوة على ما تبنته الفقرة الأولى من المادة 1051 من ق.ا.م. ا.ج فإنها توحي بوجوب تثبيت الحكم التحكيمي عن طريق الإيداع من طرف المتمسك بوجوبه كشرط مادي استوجب المشرع الجزائري شرطا قانونيا موازيا و هو شرط عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي بالجزائر. و بالإضافة إلى ذلك فقد أضاف نفس المشرع شروطا أخرى

---

[1] عمر زودة : رئيس قسم بالمحكمة العليا : إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المجلة القضائية عدد خاص الجزء صفحة 217 بعنوان الطرق البديلة في حل النزاعات2009

إذا ما تم تخلف إحداها سيكون سببا لعدم قبول التنفيذ، و هي ما ذكر على سبيل الحصر في المادة 1056 من ق.ا.م. إ.ج[1]. و يمكننا إجمال هذه الشروط و مقارنتها بالاتفاقيات الدولية في الأوجه التالية.

(1) حالة انعدام أهلية أطراف التحكيم .

لقد نصت المادة 1/5/أ من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه "لا يرفض اعتماد القرار و تنفيذه إلا إذا قدم هذا الطرف إلى السلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد و التنفيذ، الدليل على أن الأطراف في الاتفاقية المذكورة في المادة 2 كانت بموجب القانون المطبق عليها محكوما عليها بانعدام الأهلية". و ذلك ما يمثل ما نص عليه في المادة 1/1056 من القانون الجزائري على حالات جواز استئناف أمر رفض التنفيذ إلا في حالة ما إذا فصلت المحكمة بناء علة اتفاقية باطلة و هنا يكزن البطلان بسبب انعدام الأهلية، إذ يدخل في حالة الانعدام وجود نقص أو انعدام الأهلية بناء على العوارض المقررة قانونا و هو ما أوضحته المادة 1/36/أ من القانون النموذجي لسنة 1985، فإذا ما توفر هذا السبب وجب رفض الاعتراف و تنفيذ الحكم و ذلك بتقديم من له مصلحة في عدم التنفيذ ما يثبت أن أحد الأطراف كان منعدم الأهلية أو تنقصه أو شابها عارض من العوارض المنصوص علبها قانونا

(2) الشروط المتعلقة باتفاق التحكيم ذاته.

يمكن رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم إذا انعدم في اتفاق التحكيم أحد الشروط التالية :

أ) – عدم قابلية النزاع للتحكيم : حيث نصت المادة 1/5/أ من اتفاقية نيويورك في جزئها الأخير على أن ..." أو أن اتفاقية التحكيم المذكورة غير صالحة بموجب القانون الذي أخضعها الأطراف إليه أو أن لم توجد الإشارة إلى هذا الصدد بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار. وكذلك المادة 2/5/أ من نفس الاتفاقية فإذا كان النزاع لا يجوز تسويته عن طريق التحكيم فيمكن رفض الاعتراف و هو ما

[1] نصت المادة 1056 على أنه " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية :
1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية التحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية
2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون
3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسند إليها
4- إذا لم يراع مبدأ الوجهية
5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، او إذا وجد تناقض في الأسباب
6- أذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام

أوردته الفقرة الأولى من المادة 1056 من ق.ا.م. إ.ج بفصل المحكمة بدون اتفاقية للتحكيم.

ب) - عدم صحة اتفاق التحكيم: كما يرفض الحكم التحكيمي إذا ما قدم الخصم الذي له مصلحة ما يثبت أن اتفاق التحكيم معيبا وفقا لقانون الإرادة أو وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه التحكيم عند تخلف قانون الإرادة و هو ما تناولته المادة المذكورة أعلاه في التشريع الجزائري.

ت) - تجاوز هيئة التحكيم السلطة المسندة إليها وفقا لاتفاقية التحكيم : و هو ما نصت عليه المادة 3/1056 من التشريع الجزائري بقولها " إذا ما فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها". كما عالجته المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك التي تنص على أنه " إذا ما كان القرار يشمل خلافا غير مذكور في اتفاق التحكيم أو أنه يدخل في عداد توقعات البند التحكيمي، أو ينطوي على قرارات تجاوزت حدود البند التحكيمي...".إذ يجب على المحكم أن يلتزم بتطابق الخصومة المعروضة عليه و إذا ما تجاوز ذلك رفض الحكم التحكيمي .

(3) الأسباب المتعلقة بإجراءات التحكيم.

يمكن أن ترفض الأحكام التحكيمية إذا ما توافرت بعض الأسباب المتعلقة بإجراءات التحكيم و حسب اتفاقية نيويورك فإنها ترجعها إلى سببين هما:

أ) – وجود عيب في تشكيل هيئة المحكمة : إذا أثبت الحكم أن تشكيل هيئة المحكمة التحكيمية كان غير صحيح و مخالف لقانون الإرادة أو لقانون مكان التحكيم.

ب) - مخالفة الإجراءات: إذا ما خالفت الهيئة إجراءات التحكيم المتفق عليها في اتفاق التحكيم، كان لمن له مصلحة رفض الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي.

وقد نصت اتفاقية نيويورك في المادة 1/5/د على حالة خرق الإجراءات أو مخالفة طريقة تشكيل الهيئة[1] و هو نفس السبب الذي اخذ به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 4/36..." و يكون الحكم مخالفا لإجراءات التحكيم إذا لم تحترم المواعيد أو حقوق الدفاع و التشكيلات المتفق عليها". و قد أخذ المشرع الجزائري بنفس

[1] نص المادة 1/5/د تنص ..." أو أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو إجراء التحكيم لم يكن مطابقا لاتفاقيات الأطراف أو انه في حالة عدم وجود الاتفاقية لم يكن مطابقا لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم."

المنحى المطلوب في وجوب احترام تشكيل محكمة التحكيم و احترام حقوق الدفاع في الفقرتين 2 و 4 من المادة 1056 من ق.ا.م. إ.ج

(4) **الأسباب التي تتعلق بالحكم التحكيمي .**

لقد نصت المادة 5/1/هـ من اتفاقية نيويورك على أنه " إن القرار لم يكتسب صفة الإجبارية أو أنه ألغته أو علقت العمل به سلطة مختصة في البلد الذي صدر القرار فيه، أو صدر حسب قانونه". وهي نفس الفقرة التي تبنتها المادة 36/أ/5 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985. فإذا أثبت من له مصلحة أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو تم إلغاؤه أو إيقاف تنفيذه من طرف السلطات المختصة في البلد الذي صدر فيه، فيمكن رفض الاعتراف و التنفيذ.

نلاحظ أن هذه الأسباب المعتمدة في المادة 5 من اتفاقية نيويورك التي أصبحت من النظام الجزائري منذ سنة 1988[1]. و هي ذاتها تشكل محتويات المادة 36 من القانون النموذجي ، و ذلك ما أخذ به المشرع الجزائري في تلقفها كأسباب للطعن باستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في القانون السابق في المادة 23/458 مكرر و المادة 1056 من القانون الجديد.

فإذا كانت تلك الأسباب للطعن بالاستئناف من المحكوم لمصلحته بالتنفيذ في الجزائر ، فإن الأمر الصادر بالتنفيذ بحكم طبيعته عملا ولائيا ، فطبقا للمادة 312 من ق.ا.م. إ.ج تمكن المحكوم ضده أو للمطلوب بالتنفيذ أن يقدم تظلما إلى رئيس المحكمة المختصة لإصدار الأمر إذا ما رعى فقدان تلك إحدى الأسباب في الحكم أن يطلب التراجع عنه بالإلغاء ، أو تعديله باعتبار أمر التنفيذ يعتبر عملا ولائيا و ليس قضائيا.

المطلب الثالث:

طرق الطعن في الحكم التحكيمي:

حينما تنتهي مراحل التحكيم بصدور الحكم تبدأ بعد ذلك مرحلة ما بعد الحكم التي يبرز فيها موضوع بطلان الحكم التحكيمي، أو استئناف القرار الذي يسمح بتنفيذ الحكم. فقد أخضع المشرع الجزائري كل من الطعن بالاستئناف أو الطعن بالبطلان لنفس الأسباب

[1] إن إنضمام الجزائر لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 قد صدر بموجب المرسوم رقم : 233/88 المؤرخ في 1988/11/5.

والحالات وفقا للمادتين: 1056، 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما المشرع المصري فقد أخضع بطلان الحكم التحكيمي في المادة 53 من القانون رقم: 27 لسنة 1994 أو الاستئناف لم يرد بصدده نص[1]، لأن المادة 52 فقرة 1 تنص على أنه: "... لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طعن من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية..".

وعليه سوف نتطرق إلى الطعن بالاستئناف في الفقرة الأولى ثم الطعن بالبطلان في الفقرة الثانية، وبما أن المشرع الجزائري قد انفرد بطريق طعن آخر دون غيره من التشريعات، كالتشريع المصري والفرنسي، سوف نتحدث عن الطعن بالنقض، مع تبيان مدى توفيقه في ذلك.

الفرع الأول:

الطعن بالاستئناف في أمر التنفيذ:

في هذا الشأن المشرع الجزائري قد نحى منحى المشرع الفرنسي، فهو يميز من حيث طرق الطعن بين أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر وأحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج تراب الجمهورية، إذ يخضع كل نوع لأحكام خاصة به.

1-/ حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر:

إذا صدر حكم التحكيم الدولي في الجزائر فإنه يكون غير قابلا للتنفيذ الجبري إلا بموجب أمر بالتنفيذ يصدر عن الجهة القضائية المختصة، ويكون الأمر بالتنفيذ في هذه الحالة غير قابل لأي طريق من طرق الطعن العادي، وهذا ما نصت عليه المادة: 2/1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بقولها: "... لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم المشار إليه أعلاه أي طعن...". وهو نفس الحكم الذي تقضي به المادة: 1488 من التشريع الفرنسي، غير أنه يمكن الطعن في هذا الأمر بطريق مباشر وذلك في حالة ما إذا تم الطعن بدعوى البطلان في حكم التحكيم الدولي، فيترتب عليه بقوة القانون طعنا ضد هذا الأمر بالتنفيذ، وهذا ما يقضي به صريح المادة: 1058 المنوه عنها

[1] يكون المشرع المصري قد أغلق الباب أمام الخصوم للطعن بالطرق المنصوص عليها قانونا سواء كانت عادية أو غير عادية ماعدا الطعن بالبطلان وبالتالي يكون المشرع المصري قد أخذ بموقف القانون النموذجي لسنة 1985 وفقا للمادة: 34 منه التي تقتصر على الطعن بالبطلان فقط.

وهو نفس الحكم الوارد في المادة 1488 من القانون الفرنسي، إلا أن المشرع الجزائري قد حدد أسباب طلب بطلان الحكم على سبيل الحصر وهي نفس الأسباب الواردة في أسباب استئناف أمر التنفيذ المحددة في المادة: 1056 من التشريع الجزائري.

أما إجراء البطلان فيتم برفع هذا الطعن أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، وذلك خلال أجل شهر من تاريخ تبليغ الأمر بالتنفيذ.

2-/ حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر:

البديهي أن الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الإقليم الوطني غير قابل لأي طريق من طرق الطعن في الجزائر وهو البلد المراد التنفيذ فيه، غير أن هذا التنفيذ لا يتحقق إلا باستصدار الأمر بالتنفيذ من رئيس محكمة محل التنفيذ وهو ما تنوه عنه المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فبعد أن يفحص طلب التنفيذ قد يهتدي رئيس المحكمة إلى أحد الأمرين وذلك على النحو التالي:

أ-/ أن يصدر الأمر برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ:

حينما يصدر رئيس المحكمة برفض الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم فإن هذا الأمر يكون قابلا للطعن فيه بالاستئناف تبعا لما تنص عليه المادة: 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعلى المستأنف لأمر الرفض أن يبنيه على إحدى الحالات الواردة على سبيل الحصر في المادة: 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي نفس الحالات المذكورة بالمادة: 05 من اتفاقية نيويورك.

ب-/ أن يصدر الأمر بالاعتراف أو التنفيذ:

في حالة ما إذا أصدر رئيس المحكمة أمرا بالتنفيذ فهنا يكون قد أجاز للمحكوم عليه بالتنفيذ استئناف الأمر الصادر أيضا وبدوره فإن هذا الاستئناف يتوجب أن يتقيد بإحدى الحالات الواردة حصرا في المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويرفع الاستئناف خلال أجل شهر واحد من تاريخ تبليغ الأمر في كلا الحالتين.

وقد سبق لنا الإشارة إلى أن الأمر بالتنفيذ يعتبر من الأعمال الولائية ومن المبادأة كأصل عامة يجوز الطعن فيها بالتظلم أمام نفس الجهة المصدرة له، سواء بالإلغاء أو

المراجعة له عملا بالمادة 312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قبل اللجوء إلى الاستئناف من المحكوم عليه بالتنفيذ.

الفرع الثاني:

الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي:

إن الطعن بالبطلان يوجه مباشرة إلى حكم التحكيم الصادر في الجزائر فقط بحيث يجد أساسه في المادة: 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتأصلة عن المادة 1504 من القانون الفرنسي، وكذا المادة 5/1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 وقد تبين لنا من خلال تفحص تلك الحالات المحددة حصرا هي نفسها المحددة في استئناف الأمر بالتنفيذ وذلك هو المنهج المتبع من المشرع الفرنسي بالمادتين: 1502، 1504 من القانون الفرنسي. كما أن الطعن بالبطلان يؤدي إلى تطبيق قوة القانون في وقف تنفيذ الأمر الصادر أو الأمر بالتنفيذ.

وإن الملاحظ عن المشرع الجزائري قد وحد بين الحالات كأسباب للطعن بالاستئناف أو بالبطلان، فإنه قد وحد أيضا في الإجراءات المتبعة لرفع الطعن وكذا الجهة القضائية المختصة والمواعيد.

وعليه فإن المادة: 1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد نصت على أن المجلس القضائي (كجهة استئناف) هو المختص بنظر بدعوى بطلان الحكم التحكيمي الذي صدر في دائرة اختصاصه أو المجلس الذي يمتد اختصاصه إلى المحكمة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ. وتلك المادة المحددة للاختصاص مستقاة من المادتين: 1485 و 1505 من القانون الفرنسي.

أما من حيث المواعيد المقررة لذلك فقد حددت نفس المادة 1059 من ق.ا.م.ا.ج على الطعن بالبطلان في حكم التحكيم يكون مقبولا خلال شهر واحد من تاريخ النطق به. وعلى أن يكون في خلال شهر من تبليغ الأمر بالتنفيذ.

أما في أنظمة التحكيم الدولية فقد تضاربت مواعيد رفع دعوى البطلان، فقد أخذ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مادته: 33 بأجل ثلاثة أشهر اعتبارا من يوم

تسلم الطرف صاحب الحكم التحكيمي أو من اليوم الذي حسمت فيه هيئة التحكيم في الطلب الذي كان قد قدم بموجب المادة 33 إذا كان قد قدم وفقا للمادة 4/34. كما يأخذ المشرع المصري بمدة 90 يوما، وكذا اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي بمدة 60 يوما من تاريخ استلام الحكم طبقا للمادة 2/34.

الفرع الثالث :

الآثار المترتبة على الطعن في أمر التنفيذ وبطلان الحكم التحكيمي:

يترتب على الطعن باستئناف الأمر بالتنفيذ أو الطعن ببطلان الحكم التحكيمي أثر موقف وفقا لما تنوه عنه المادة: 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو نفس الحكم الذي تقضي به المادة: 1506 من القانون الفرنسي، وتبعا يترتب على الطعون المنوه عنها في المواد: 1055، 1056 ، 1058 من ق.ا.م.ا.ج وقف التنفيذ، ومن ثمة لا يبدأ في التنفيذ الجبري إلا ابتداء من انقضاء مواعيد الطعن بالبطلان أو الاستئناف. وبانقضاء مواعيد الطعن بالبطلان أو الاستئناف التي يبدأ سريانها من تاريخ تبليغ الأمر بالتنفيذ وبذلك يصبح بين أيدي المحكوم له السند التنفيذي يمكنه من الشروع في التنفيذ الجبري بعد تبرير الحكم في إمهاره بالصيغة التنفيذية.

وقد انتقدت طريقة فسح المجال للطعن بالبطلان أو الاستئناف في التشريع الفرنسي الذي حذا حذوه التشريع الجزائري[1] مع ترتيب الأثر الموقف للتنفيذ بقوة القانون. الأمر الذي يؤدي إلى فتح الباب للتحايل من الخصوم وهو ما يؤدي إلى التقليل من فعالية التحكيم الرامية إلى تبنيه كإجراء لحل النزاع بأقل التكاليف في الوقت والمال، ويعود بالتحكيم مرة أخرى إلى مسالك الطعون التي يعرفها القضاء العادي.

ويقترح هذا الرأي الإتيان بالقاعدة معكوسة بالنص على أن لا يكون للطعن أثر موقف بقوة القانون، وإنما يسمح فقط للمحكوم عليه أن يطعن بالبطلان أو الاستئناف، وأمام نفس الجهة التي يطعن فيها بتقديم دعوى بطلب وقف التنفيذ ويترك تقدير مدى جديتها وكفاية المبررات لوقف التنفيذ لتلك الجهة بما لها من سلطة تقديرية وهذا الاتجاه الذي يتماشى مع طبيعة حكم التحكيم الذي يستمد أساسه من إرادة الطرفين. بما أن العقد

[1] أنظر مداخلة رئيس القسم بالمحكمة العليا الأستاذ عمر زودة بحث بعنوان " إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية". مجلة المحكمة العليا عدد خاص تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم. الجزء الأول. منشورة في: 2009.

إذا حرر في شكل رسمي فهو ملزم لطرفيه ولا يرتب الطعن فيه أثر موقف إلا عن طريق القضاء وهو ما أحسن فعله المشرع المصري في المادتين: 52، 53 من قانون رقم: 27 لسنة 1994.

علاوة على ذلك فقد استحدث المشرع الجزائري طريق طعن آخر وهو الطعن بالنقض الحكم التحكيمي إذ نص في المادة: 1061 على أن تكون قرارات الجهات القضائية الصادرة على الطعن بالبطلان لحكم التحكيم واستئناف أوامر التنفيذ المنوه عنها بالمواد: 1055، 1056، 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قابلة للطعن بالنقض. وفي تقديرنا أن هذا المنحى يمثل وجها آخرا ليس له ما يبرره وسوف يؤدي أيضا إلى تطويل أمد النزاع كما هو الشأن في وقف التنفيذ نتيجة الطعن بالاستئناف أو بالبطلان. إذ لا يخدم التحكيم التجاري الدولي بالجزائر وخاصة إزاء التساؤل القائم حول الفراغ القانوني الذي لم ينظمه المشرع كحالة الطعن بالنقض. أهل يخضع الطعن للآثار المترتبة في المادة: 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أم يخضع للحالات التي يخضع لها الطعن بالاستئناف أو البطلان وفقا للمادتين: 1058، 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمة :

حاولت في هذه الدراسة أن أتعرض بقدر الإمكان إلى مجمل الأمور التفصيلية المتعلقة بآليات تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي المرتبطة في احتكامها و تأثرها بطبيعة عقد الاستثمار الأجنبي، و سجلت بعض النتائج و الملاحظات من تفاعل تلك العلاقة من آليات التسوية و العقد الاستثماري في خصوصيته المتميزة.

فمن خلال بعض التعريفات التي وردت في تعريف الاستثمار الأجنبي و تحديد المستثمر الأجنبي فعرفت الاستثمار الأجنبي بأنه قيام شخص طبيعي أو اعتباري باستخدام أصول مالية أيا كانت طبيعتها للمشاركة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة و ذلك بإقامة مشروع اقتصادي أو المساهمة في مشروع قائم بقصد تحقيق عوائد مجزية، و عرفت المستثمر بأنه الأجنبي الشخص (القانوني) الذي يوظف أمواله و خبرته في مشروع اقتصادي بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقا لقانون الدولة المضيفة.

كما أن عقود الاستثمار هي تلك الطائفة من العقود الدولية التي تبرمها الدولة أو الأجهزة التابعة لها مع شخص طبيعي أو اعتباري يلتزم بمقتضاها المستثمر الأجنبي بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة المضيفة لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة و الربح للمستثمر الأجنبي و هي تتمتع بطبيعة خاصة، حيث ترجع من ناحية إلى طبيعة أطرافها، كونها تبرم بين طرف عام و هو الدولة و طرف خاص أجنبي هو المستثمر، ومن ناحية أخرى بالنظر إلى موضوعها إذ أن ما تهدف إليه هذه العقود بشكل أساسي هو الإسهام في تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة مما يكسبها بعدا يتمثل في الارتباط بالمجتمع، بمعنى أن هذه العقود لن تعد في مصلحة الأطراف و إنما في مصلحة المجتمع أيضا لسبب تعلقها بالثروة الوطنية للدولة.

- إن هذه العقود هي عقود دولية بالنظر إلى توافر المعيار القانوني و الاقتصادي فيها و يترتب على ذلك خضوعها للآثار المترتبة على العقود الدولية و هو ما أخذت به اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.
- لا يؤثر في طبيعة عقود الاستثمار كون المتعاقد مع الدولة (المستثمر) شخص طبيعي أجنبي مادام أن العقد يتعلق بتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة بهذه الدولة

و أن الضابط في تحديد جنسية هذا المستثمر هو الجنسية التي يتمتع بها، و كذلك بالنسبة للشخص الاعتباري.

- إن اللجوء في تسوية عقود الاستثمار إلى مسلك الطرق البديلة الودية سواء كانت اتفاقية أو تنتمي إلى نظام مؤسسي أو قضائي فبحكم أنها لا تخضع لتأثير طرف ثالث غير طرفي النزاع و يطبق قانونا يكون ملزما في صدور قرار أو حكم باستثناء المصالحة القضائية فإن الواقع قد سجل فشلها في حل النزاع بالاستثمارات الكبيرة الأهمية و القيمة المالية لذلك اقتصر تطبيق هذه الوسائل الودية في حالتي التشاور أو التفاوض و الأخذ بهما كمجرد الاستئناس و التمهيد لطرح النزاع على التحكيم أو القضاء .
- لقد أثار اللجوء إلى تسوية منازعات عقود الاستثمار إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة العديد من الصعوبات التي ما كانت منها ما يتعلق بطول الإجراءات بالإضافة إلى هذا فإن المحاكم المحتكم فيها لم تكن متخصصة في المسائل الفنية المعقدة التي تبرزها علاقات الاستثمار بالإضافة إلى هذا كان يسود القلق الذي يشعر به المستثمرون الأجانب اتجاه حيادية القضاء الوطني لذلك لا يرتاح المستثمرون الأجانب إلى عرض منازعاتهم على القضاء المحلي و إنما يفضلون عرضها على التحكيم، و قد توصلنا إلى رغبة الدول النامية في جذب الاستثمارات الأجنبية قد دفعتها إلى مسايرة المستثمر الأجنبي في هذا الاتجاه في انتظار نتيجة الحلول الإصلاحية التي انتهجتها في إصلاح أجهزة العدالة بها مثل الجزائر التي اعتمدت إنشاء قطب متخصص على مستوى المحكمة الابتدائية يتكون من قضاة متخصصين في منازعات التجارة الدولية و لما يرتبط بها من منازعات كالتأمين والبنوك. إلا أن نتيجة هذه الإصلاحات لم تتطور بعد نظرا لضعف الإقبال على الاستثمار من الأجانب في البلد المضيف و التأخر المترتب عن ذلك في تفعيل هذه الإصلاحات و جعلها في الخدمة.
- إن لجوء المستثمر الأجنبي في حسم منازعاته مع الدولة المضيفة إلى القضاء الدولي لم يسجل تفعيله وتناسبه مع حجم المنازعات الاستثمارية القائمة، بل انعدم في التوجه إليه في حالة قيام المنازعات مع البلدان النامية و ذلك نظرا لاختلاف الأطراف المتنازعة و تعلق ذلك الاختلاف بالاعتبارات السياسية و الاقتصادية في

العلاقة بين طرفي النزاع، بالإضافة إلى ارتباط حق الحماية الدبلوماسية بشرط توافر الجنسية لبسط مظلة الحماية من جهة، ووجوب استنفاذ طرق التقاضي الداخلية من جهة أخرى، و لذلك تمخضت حتمية اختيار وتفضيل المستثمرين الأجانب اللجوء إلى التحكيم.

- لاعتبار أن نظام التحكيم يحكمه قانون الإرادة سواء بالنسبة لتشكيل المحكمة التي تنظر النزاع أو بالنسبة لقانون الواجب التطبيق لإصدار الحكم في النزاع في الغالب ما يكون بتوجيه و تأثير الأطراف المتأصل في الاتفاق.
- إن التحكيم في منازعات الاستثمار لا يكون محكوما في طبيعة نشأته إلى مرجعية إرادة الأطراف فقط، بل هو مزيج من العمل المختلط بالعمل القضائي و يتأثر به خاصة في حالات تعيين أعضاء محكمة التحكيم و تنفيذ الحكم الصادر في المنازعات، بل ينتقل الاختصاص في ذلك و التكفل به إلى القضاء الذي على ضوئه يتحدد مصير الحكم سواء بالتنفيذ أو إعدامه بالبطلان و هذا نتيجة لتدخل العمل القضائي و تأثيره في إرادة الأطراف التي أوجدت اتفاق التحكيم.
- إن اتخاذ اتفاق التحكيم الصفة الدولية كان نتيجة لتطبيق المعيار القانوني الاقتصادي حتم خضوع منازعات التحكيم لتطبيق قانون إجرائي أو موضوعي خاص يخرج عن إرادة الأطراف بحيث قد يطبق على النزاع قانون دولة مغايرة أو المبادئ العامة في القانون الدولي و مبادئ العدالة المحددة في الأعراف و العادات التجارية.

نلاحظ أن التحكيم لا يكون خاضعا دائما في مقومات نشأته ووجوده أو تفعيله في حل النزاع دائما لإرادة الأطراف و إنما قد يخرج عنها في حالة تعيين المحكمين الذي يوكل إلى جهة أخرى غير الأطراف المتنازعة عندما يتأخر أحدها في تعيين محكمه و كذلك الأمر بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على حالة النزاع في حالة إغفاله، إذ يحدد من طرف هيئة التحكيم دون علم من أطراف النزاع.

- إن حكم التحكيم الصادر في المنازعة الاستثمارية يتشابه في الكثير من عناصره بالحكم القضائي من حيث طريقة إصداره في أغلب الأحيان يكون من هيئة المداولة تتخذ قرارها بالاجتماع أو الأغلبية. إلا أنه محكوم في مدة إصداره بمدة معينة غالبا ما تكون قصيرة و هي قابلة للتمديد من الأطراف بالنص عليها مسبقا أو من

هيئة المحكمة أو من المؤسسة التحكيمية التي يخضع لها التحكيم و هو في هذا المجال يختلف تمام الاختلاف عن القضاء. إن الحكم التحكيمي حينما يصدر ينتقل إلى العمل القضائي بطريقة الإيداع للتثبيت فإنه يحوز حجية الشيء المقضي فيه و تمنح له الصيغة التنفيذية و يتحقق له الاعتراف رسميا به و يسري تنفيذه بناء على أمر على عريضة يصدر من القضاء، فإذا أقر بالتنفيذ تكون الغاية من العملية قد تحققت، أما إذا رفض التنفيذ فيمكن استئنافه أمام جهة قضائية أعلى.لأن تجميد و تعليق الحكم بالرفض النهائي يؤدي إلى نتيجة بطلانه تنفيذيا كما أن بطلانه قد يكون بناء على طلب دعوى مباشرة إذا شاب الحكم عيب موضوعي كعيب مخالفته للنظام العام.

- إن التحكيم و إن كانت الأطراف في العلاقة الاستثمارية تحبذ اللجوء إليه لما يحتويه من محاسن، فإنه لا يعتبر نظاما متكاملا، إذ أنه يعود بعدة مساوئ على الطرف المنتمي للبلدان النامية نتيجة لفرضه كنظام في المؤسسات و الاتفاقيات المتعددة الأطراف تخدم مصالح هذه البلدان التي فرضته، و لذلك يستوجب على البلدان أن تحترز منه عند التعاقد و اللجوء إليه بفرض بنودها الاشتراطية التي تخدم مصالحها هي أيضا حتى يكون هناك توازن في معادلة المعاملة و المصالح المتبادلة بالتساوي بين طرفي العلاقة الاستثمارية أو في منازعاتها و لذلك يكون من الأجدر و الأفضل للبلدان النامية أن تراجع تشريعاتها الاستثمارية فيما يخص منازعاتها وفقا لتطبيق مبدأ المصلحة المشتركة و المتبادلة و العمل على إنشاء هيئة تحكيمية إقليمية خاصة يمكن اللجوء إليها عند قيام النزاع كبديل عن الهيئات المتواجدة حاليا.

المراجع

1. د عبد السلام أبوقحف : اقتصاديات الاستثمار الدولي، المكتب العربي الحديث – الاسكندرية ص.363
2. د عبد الواحد محمد الفار: أحكام القانون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية – عالم الكتب القاهرة 1979 ص 97.
3. د بشار محمد الساعد عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. منشورات محمد الحلبي الحقوقية 2006 ص43.
4. د خالد محمد القاضي:موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة. دار الشروق- القاهرة 2002ص 33.
5. د صفوت محمد عبد الحفيظ : جور الاستثمار في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص.
6. د صلاح الدين عامر: المشروع الدولي العام، دار الفكر العربي- القاهرة 1978 ص 179-180.
7. د عبد الحكيم مصطفي عبد الرحمان : المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي و الدولي ، دار النهضة العربية – القاهرة .1990.
8. د السيد عبد المولى: اصول الاقتصاد ، دار النهضة العربية – القاهرة 1998.
9. د حسن عمر : الاستثمار و العولمة، دار الكتاب الحدب – القاهرة ص37.
10. علاء ابريان: الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، منشورات الحلبي ص 59.
11. د أحمد أبو الوفاء : الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية 2001 ، ص 639.
12. د محمد حسام لطفي : المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، طبعة 1991 ص .21
13. د عاطف ابراهيم محمد : ضمانات الاستثمار في البلدان العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار 1998.
14. د عبد الحميد الحادب: موسوعة التحكيم الجزء الثاني 1998 دار المعارف ص 25.
15. د محمد عبد المجيد اسماعيل: عقود الأشغال الدولية و التحكيم.
16. د نريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية – القاهرة 1996.
17. د عصام الدين القصبي : خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية 1993.
18. د عصام الدين مصطفى بسيم : النظام القانوني للاستثمارات في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية 1971.
19. د عبد الحميد عشوش : النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، دار النهضة العربية 1975.
20. د حمد الله حمد الله : النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دار النهضة العربية القاهرة 2002.
21. د أبو زيد رضوان : الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي 1980.

22. د كمال إبراهيم : التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي – القاهرة 1990.
23. د عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي و الداخلي، منشاة المعارف- القاهرة 1995.
24. د منير عبد المجيد قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية 1995.
25. د كمال ابراهيم : التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي.
26.د مراد محمود المواجدة : التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دراسة مقارنة ، دار الثقافة – الأردن2010.
27. د حفيظة السيد الحداد : العقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، الطبعة الأولى 1996 ، دار النهضة العربية.
28. د حفيظة السيد الحداد: الوجيز في النظري العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2004.
29. د خالد محمد القاضي : موسوعة التحكيم التجاري الدولي(في منازعات المشروعات الدولية المشتركة) دار الشروق 2002.
30. د سراج حسين أبو زيد : التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية 2004.
31. د محمود مختار احمد بريري : التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 2007.
32. ناصر عثمان محمد عثمان : ضمانات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية دار النهضة العربية الطبعة الأولى 2009.
33. د. مروان نصر الدين تسوية المنازعات في اطار منظمة التجارة العالمية ، دار هومة الطبعة الاولى 2005.

المجلات و الدوريات :

1. د إبراهيم شحاتة : المشروعات المشتركة في إطار التعاون العربي – مجلة السياسة الدولية ، عدد 40 أفريل 1975
2. د إبراهيم شحاتة: التعليق على إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي عدد41 سنة 1985 ص 187-215.
3. د إبراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية في إدارة المنازعات و أبرام عقود الإدارة العامة للبحث ، المجلة العربية السعودية 1995 ص92
4. د سامي سركيس: مداخلة في ندوة الألفية الجديدة، اتحاد المحامين العرب- سوريا-دمشق 2003 ص 30.
5. د فنينخ كمال : الطرق البديلة لحل المنازعات، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص الجزء الثاني ص 572.

6. د وجدي راغب فهمي هل التحكيم نوع من القضاء، مجلة الحقوق عدد 211 السنة 17 مارس – جوان 1993.
7. د كريم نعمة النوري : دور الاستثمارات الأجنبية في البلدان النامية ، مجلة علوم إنسانية ، عدد 08 أفريل 2004.
8. د عبد الحليم الأحدب ، القضاء و التحكيم، آفاق و تحديات، اليوم الدراسي المنظم بالمحكمة العليا في الجزائر 2009.
9. م. بودهان ، الأسس و الاطر الجديدة للاستثمار في الجزائر، دار الملكية للطباعة والنشر والتوزيع ، 2000

الرسائل الجامعية :

1. د فاضل الزهاوي :المشروعات المشتركة وفقا لقوانين الاستثمار، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 1984 ص 61 و ما بعدها.
2. د عبد الحكيم جمعة محمود: دور الاستثمار الخاص في الإصلاح الاقتصادي و التنمية في ج.م.ع- رسالة دكتوراه جامعة عين الشمس
3. مرازقة أسيا : تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي رسالة ماجستير كلية الحقوق الجزائر 2007
4. حازم حسين جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، رسالة دكتوراه جامعة عين الشمس الطبعة الثانية 1987.

التشريعات:

- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 .
- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 -10-1993، يتعلق بترقية الاستثمار.
- الإطار القانوني للاتفاقية المغربية المتعلقة بتشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي ج.ر رقم 06-1991.
- الإطار القانوني للاتفاقية العربية المتعلقة بالاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية ، ج.ر رقم 56-1995.

المراجع بالفرنسية:

- Majid Benchikh : les instrument juridiques de la politique algérienne des hydrocarbures , Paris 1973.
- Bouzana Belkacem : le contentieux de hydrocarbures entre l'Algérie et les société étrangères. Publisud Paris 1995.
- Terki Nourddine : l'arbitrage commercial international en Algérie O.P.U Alger 1999
- Terki Nourddine : les société étrangères en Algérie O.P.U alger 1976.
- Bedjaoui Mohamed – Mebroukine Ali : le nouveau droit de l'arbitrage international en Algérie, journal du droit international N° 04 1993.

الفهرس: